



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

Programa de Doctorado en Derecho

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

TESIS DOCTORAL

DOCTORANDO

MARIA ANGELES GARCIA GARCIA

DIRECTORES

D. LEOPOLDO TOLIVAR ALAS
D^a EVA M^a MENENDEZ SEBASTIAN

Oviedo 2018



Justificación

Comprobada la documentación presentada y una vez revisada la memoria de investigación, la Comisión académica del programa considera que el trabajo realizado reúne todos los requisitos tanto formales como científicos para poder ser presentado para su defensa como Tesis doctoral.

En Oviedo, a

Presidente de la Comisión Académica del Programa de Doctorado en Derecho

Fdo.: Julio Carbajo González

Contra la presente Resolución, podrá interponer recurso de alzada ante el Rectorado, en el plazo de un mes, a partir del día siguiente al de la presente notificación, de conformidad con el art. 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

**SRA MARIA ANGELES GARCIA GARCIA
SR. LEOPOLDO ALAS TOLIVAR
SRA. EVA MARIA MENENDEZ SEBASTIAN
SR. DIRECTOR DEL CENTRO INTERNACIONAL DE POSTGRADO.**



RESUMEN DEL CONTENIDO DE TESIS DOCTORAL

1.- Título de la Tesis	
Español/Otro Idioma: LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LAS COMUNIDADES DE BIENES.	Inglés: THE PUBLIC CONTRACTS AND JOINTLY OWNED ENTITIE
2.- Autor	
Nombre: MARIA ANGELES GARCIA GARCIA	DNI/Pasaporte/NIE:
Programa de Doctorado: DERECHO	
Órgano responsable: CIP	

RESUMEN (en español)

En el ordenamiento jurídico español para poder participar en un procedimiento de contratación y ser contratista necesariamente tanto las personas físicas como las jurídicas deben poseer "capacidad de obrar", salvo que la propia normativa diga lo contrario. El término "capacidad" es la causa de exclusión de los entes carentes de personalidad para contratar con el sector público según interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), con la única excepción de las uniones temporales de empresas (ute).

Las directivas europeas de contratación pública, consideran que lo que le importa al poder adjudicador para contratar no es la forma de constitución de la empresa licitadora o candidata a la contratación con el sector público sino sus habilidades o cualificación para la realización del servicio que se le requiere y en lugar de utilizar los conceptos "persona física y jurídica" o "capacidad de obrar" los sustituye por el de "operadores económicos", término que no lleva las connotaciones excluyentes de los anteriores.

Por lo tanto, la utilización de unos u otros términos (persona física o jurídica con capacidad de obrar u operador económico) tiene consecuencias y de ello va a depender que se excluyan miles de empresas que a pesar de su falta de personalidad desarrollan actividades comerciales de forma regular y reconocidas por las leyes.

Si todos los derechos y libertades recogidos en el Título I de la Constitución española son importantes, no debe restársele valor a la libertad de empresa como derecho dignificante del ser humano y medio de ganarse la vida.

La mayoría de las empresas son el resultado de la inquietud, de la iniciativa o incluso de la personalidad de una o varias personas llamados empresarios o emprendedores. El legislador debe tender a facilitar la participación de pequeños y medianos empresarios en el mercado, tanto si actúan individualmente como asociados o en CB.

La puesta en marcha de cualquier proyecto empresarial requiere adoptar decisiones en cuanto a la configuración del soporte jurídico. A la hora de constituir una empresa, puede optarse por distintas fórmulas dependiendo de las circunstancias sociales y económicas de la misma. Hay que realizar una planificación de carácter general: definición de la actividad, valoración de los riesgos, análisis de la disponibilidad financiera o estudios de viabilidad y tener una idea de cuál va a ser el volumen de facturación aproximado de la empresa pues si la facturación es pequeña, lo habitual es que se opte por la forma de empresario individual o de comunidad de bienes.

Las empresas realizan actividades productivas que crean riqueza y las asociaciones de empresarios permiten conseguir ciertos objetivos que difícilmente podrían realizarse si se excluyeran en base a su falta de personalidad.

En nuestro Ordenamiento, la personalidad jurídica no se configura como un elemento indispensable del concepto de sociedad, por lo que la constitución de entidades desprovistas de ese atributo o con limitaciones en el mismo es perfectamente posible.

La legislación de contratos, siendo consciente de que las asociaciones de empresarios permiten



conseguir ciertos objetivos, utiliza la figura de la UTE, fórmula jurídica de colaboración muy extendida en grandes empresas constructoras y de servicios, para la realización de grandes proyectos administrativos a pesar de su falta de personalidad. Y la Directiva 2014/24/UE crea la figura de las "asociaciones para la innovación" en donde los poderes adjudicadores al seleccionar a los candidatos aplicarán criterios relativos a su capacidad en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como en elaboración y aplicación de soluciones innovadoras, sin importarles la forma jurídica de la asociación creada.

El artículo 1669 del Cc no dice que las sociedades cuyos socios contraten en su propio nombre con terceros y sus pactos se mantengan secretos, no sean sociedades, sino simplemente, que carecen de personalidad jurídica y la remisión a las disposiciones relativas a la comunidad de bienes no supone, por sí sola, ni una automática conversión de la sociedad, ni tampoco una absoluta equiparación de sus reglas de organización y funcionamiento con las de la comunidad sino más bien pretende ordenar mínimamente las relaciones entre los socios durante la vida de la sociedad para el supuesto de que los socios no lo hayan hecho en el contrato social. Se trata de sociedades internas que establecen un vínculo obligatorio entre los socios sin trascendencia externa.

El proyecto de ley de Código Mercantil reconoce ya explícitamente esta figura jurídica bajo la denominación de «comunidad de empresa». Se está reconociendo su naturaleza de sociedades mercantiles no inscritas que han de someterse al mismo régimen que las irregulares, régimen basado en la aplicación preferente de lo pactado en el contrato de sociedad y supletoriamente por las normas de la sociedad colectiva, con responsabilidad agravada de los socios y administradores frente a terceros por las deudas sociales (responsabilidad personal, ilimitada y solidariamente sin necesidad de previa excusión del patrimonio social).

Aunque puede equipararse a una sociedad irregular civil o mercantil (en función de la naturaleza de la actividad) no es una sociedad irregular puesto que su intención es ser una empresa-CB a la que no se le requiere la inscripción registral al igual que a las sociedades civiles y tampoco pretende ser una sociedad regular colectiva. La sociedad es irregular cuando pretende ser una sociedad mercantil pero le falta el cumplimiento de determinadas obligaciones para actuar válidamente como tal y aunque desprovista de personalidad jurídica posee subjetividad jurídica. No es comparable a la CB puesto que ésta cumple todos los requisitos legales.

La comunidad de bienes empresarial responde frente a terceros no solamente con los bienes que posea sino con el patrimonio personal de los comuneros si los bienes comunes no fueran suficientes. Cada comunero tiene una responsabilidad frente a terceros ilimitada, subsidiaria y solidaria. Asimismo las deudas pueden ser exigidas a todos o a cada uno de los comuneros pudiendo los acreedores pedir a cada comunero la parte proporcional a su cuota o pedir el importe total de la deuda a uno de ellos, quien, posteriormente, podrá exigir al resto que le reintegre la parte que aportó por ellos. Hay que tener en cuenta que si hay sociedad no existe la facultad de división.

Las empresas-CB deberían ser objeto de regulación singular, con sus propias características, mezcla de copropiedad y sociedad mercantil. Se puede partir de la normativa del código civil que hace referencia a las comunidades de bienes en que sus miembros no pretenden crear una nueva persona independiente con personalidad jurídica propia sino más bien actuar en el mercado como agrupación de empresas para desarrollar una actividad económica con intención de permanencia, con ánimo de lucro, en igualdad de condiciones con el resto de las empresas, siendo sus comuneros los empresarios que asumen la responsabilidad o riesgo económico.

RESUMEN (en Inglés)

In the Spanish legal system, both natural and legal persons in order to be able to participate in a recruitment procedure and be contractor necessarily must possess "legal capacity to act", unless the law provides to the contrary. The term "capacity" is the cause of exclusion of the entities devoid of personality to enter into a contract with the public sector according to the interpretation of the Consultation Board of Administrative Contracting, with the only exception of temporary Business Association (TBA).

The European directives on public procurement, consider that what matters to the contracting authority to hire is not the form of constitution of the tendering or candidate company for recruitment to the public sector, but their skills or qualifications to carry out the service that is required and the concepts of "physical and legal person" or "legal capacity to act" are replaced by "economic operators", a term that does not have exclusive connotations.

Therefore, the use of one or the other terms (natural or legal person with capacity to act or economic operator) has consequences and it is going to depend on the exclusion of thousands of



companies that, in spite of its lack of personality develop commercial activities on a regular basis and recognized by the laws.

If all the rights and freedoms set out in title I of the Spanish Constitution are important, the freedom of enterprise has significant importance as a dignified human right for every human being and means of earning a living.

Most of the companies are the result of the concern, the initiative or even the personality of one or several people called businessmen or entrepreneurs. The legislator should aim to facilitate the participation of small and medium-sized companies in the market, whether acting individually or as partners or in CB.

The implementation of any business project requires taking decisions regarding the configuration of the legal support. At the time of starting a business, people can opt for different formulas depending on social and economic circumstances. It is necessary to make a general planning: definition of the activity, assessment of the risks, analysis of the financial availability or feasibility studies and get an idea of what is going to be the approximate volume of turnover of the company because if the billing is small, it is usual to opt for the shape of individual entrepreneur or community of goods.

Firms undertake productive activities that create wealth and business associations allow you to achieve certain objectives that could hardly be achieved if they are excluded according to their lack of personality.

In our legal system, the legal personality is not configured as an indispensable element of the concept of society; consequentially the constitution of entities devoid or with restrictions of that attribute is perfectly possible.

The law of contracts, being aware that the business associations allow you to achieve certain objectives, uses the figure of the TBA, legal formula of collaboration very widespread in large construction companies and services, for the realization of a large number of administrative projects despite their lack of personality. And Directive 2014/24/EU creates the figure of the "Partnerships for Innovation" where the contracting authorities in selecting candidates apply criteria relating to its capacity in the areas of research and development, as well as in development and implementation of innovative solutions, regardless of the legal form of the association created.

Article 1669 of the Cc does not say that societies whose members engage in your own name with third parties and their covenants are kept secret, they are not societies, but simply it says that they have lack legal personality and the referral to the provisions relating to the community of goods does not mean, by itself, or an automatic conversion of society, nor an absolute equalization of its rules of organization and operation with the rules of the Community, but rather aims to sort minimally relations between the partners during the life of the society for the assumption that the partners have not yet done in the social contract. They are domestic companies that establish a mandatory link between partners without external effects.

The draft law of the Commercial Code explicitly recognizes this legal figure under the name of "Community of Companies". It is recognizing its nature of commercial society not registered that must be subject to the same regime that the irregular companies, regime based on the preferred application of what has been agreed in the society contract and residuary by the rules of the business partnership, with aggravated responsibility for the partners and administrators against third parties by the social debts (unlimited personal liability, and severally without need of prior exclusion of social heritage).

Although it can be equated to a irregular civil or commercial society (depending on the nature of the activity) is not a irregular company, because its intention is to be a company-CB that does not require the registration as well as civil societies and is not intended to be a General partnership. The society is irregular when intended to be a commercial society but it lacks the fulfillment of certain obligations to act validly as such society, and although it devoid of legal personality has legal subjectivity. It is not comparable to the CB because CB fulfills all legal requirements.

The business community of goods has third party liability not only with the property it own, but with the personal assets of co-proprietors if the commons goods were not enough. Each co-proprietors has unlimited subsidiary and solidarity third party liability. On the other hand, debts may be required to all or each co-proprietor and the creditors can ask to each co-proprietor for the part proportional to its quota or ask for the total amount of debt. This co-proprietor, subsequently, may require to other co-proprietors that reimburse the corresponding sum. Keep in mind that if there is society there is not the faculty of division.



The companies-CB should be subject to singular regulation, with its own characteristics, a mixture of co-ownership and mercantile society. It can start from the rules of the civil code that refers to the communities of goods whose members do not intend to create a new independent person with own legal personality but rather act in the market as business groups in order to develop an economic activity with the intention of permanence, profit-oriented, on equal terms with the rest of the companies, being its members employers who take on the responsibility or economic risk

INDICE

INDICE	3
RESUMEN	9
SUMMARY	13
AGRADECIMIENTO	17
ABREVIATURAS	19
INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO	23
A. OBJETIVOS	27
B. ESTRUCTURA O SISTEMÁTICA UTILIZADA	29
C. METODOLOGÍA.....	33
PRIMERA PARTE - LAS COMUNIDADES DE BIENES. IMPORTANCIA SOCIAL Y ECONÓMICA	35
INTRODUCCIÓN.....	37
CAPÍTULO PRIMERO. COMUNIDAD COMO COPROPIEDAD.....	47
I.1.-INTRODUCCIÓN.....	47
I.2.-CONCEPTO.....	49
I.3- NATURALEZA JURÍDICA.....	53
I.4.- CONTENIDO	58
1.4.A.- El derecho de cada comunero sobre su parte o cuota.	58
1.4.B.- La utilización de las cosas comunes.	60
1.4.C.- La gestión de la cosa común	61
1.4.C.a.-Los actos de administración y disfrute de la cosa común.....	62

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

I.4.C.b.-Los actos de alteración	63
I.4.C.c.- Defensa judicial del derecho de los condueños contra los ataques que pueda sufrir	64
I.5.- PRINCIPIOS JURÍDICOS.....	65
I.5.A.- Principio de autonomía privada.....	65
I.5.B.- Principio de proporcionalidad.....	65
I.5.C.- Principio democrático o de las mayorías.	66
I.5.D.- Principio de libertad individual.....	66
I.6.- RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE	66
I.7.- CLASIFICACIÓN.....	68
I.7.A.- La comunidad romana	69
I.7.B.- La comunidad germánica	69
I.7.C.- El modelo elegido por nuestro Código Civil	71
I.8.- EXTINCIÓN.....	72
I.8.A.-Derecho de todo comunero de pedir la disolución de la comunidad	72
I.8.B.- Naturaleza de la división	73
I.8.C.- Procedimientos para llevar a cabo la división.....	73
I.8.D.- Limitaciones a la facultad de pedir la división.....	74
I.8.E.- Efectos de la división de la cosa común entre los partícipes.	76
I.8.E.- Los terceros y la extinción de la comunidad	76
CAPÍTULO SEGUNDO.- COMUNIDAD COMO SOCIEDAD	77
II.1.- INTRODUCCIÓN	77
II.2.- ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA SOCIEDAD CIVIL Y SU PERSONALIDAD JURÍDICA.....	85
II.2.A.- LA INTRODUCCIÓN MATERIAL DEL ARTÍCULO 1669 EN EL CÓDIGO CIVIL	90
II.2.B.- LA PERSONALIDAD JURÍDICA	93
II.2.C.- LA PUBLICIDAD EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS SOCIEDADES CIVILES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA.....	100
II.3.- LAS SOCIEDADES IRREGULARES.....	104
II.4.- LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER CIVIL O MERCANTIL DE LAS SOCIEDADES.....	111
CAPÍTULO TERCERO. LA COMUNIDAD DE BIENES COMO EMPRESA	115

III.1.- INTRODUCCIÓN.....	115
III.2.- CONSTITUCIÓN Y DISOLUCIÓN DE UNA EMPRESA COMUNIDAD DE BIENES	120
III.3.- EL PAPEL DEL EMPRESARIO EN LA ECONOMIA ACTUAL	128
III.3.A.- CONCEPTO DE EMPRESA	136
III.3.B.- CLASES DE EMPRESAS	138
III.3.C.- LA EMPRESA FAMILIAR	141
III.4.- LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE ASOCIACIÓN	145
III.4.A.- CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS Y AGRUPACIONES SIN PERSONALIDAD	149
III.4.B.- ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES	152
III.4.C.- AGRUPACIONES DE INTERÉS ECONÓMICO	154
III.5.- NOVEDADES EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL EL DOBLE CRITERIO DE MERCANTILIDAD.....	157
LOS "OPERADORES DE MERCADO" EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL...	161
SEGUNDA PARTE - EL CONTRATISTA EN LA CONTRATACIÓN CON EL SECTOR PÚBLICO	167
INTRODUCCIÓN.....	169
CAPÍTULO PRIMERO.- LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO	173
I.1.- ESPECIAL REFERENCIA A LA CAPACIDAD DE OBRAR EN LAS CB.	178
I.2.- CONCEPTO DE PERSONA Y SUJETO JURÍDICO.....	180
I.3.- PERSONAS FÍSICAS Y PERSONA JURÍDICA.....	183
I.4.- LOS CONTRATISTAS NO ESPAÑOLES	187
I.5.- ACREDITACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR	191
CAPÍTULO SEGUNDO.- OPERADORES ECONÓMICOS Y GRUPOS DE OPERADORES ECONÓMICOS	194
PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO.....	197

CAPÍTULO TERCERO.- NOVACIÓN SUBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: CESIÓN Y SUBCONTRATACIÓN.....	198
III.1.- SUCESIÓN EN LA PERSONA DEL CONTRATISTA	201
III.2.- CESIÓN	204
III.3.- SUBCONTRATACIÓN	214
III.4.- LA SUBCONTRATACIÓN Y LA INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA CON MEDIOS DE TERCEROS	229
TERCERA PARTE - PRESTACIONES REALIZADAS AL SECTOR PÚBLICO SIN CONTRAPRESTACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS.....	233
INTRODUCCIÓN.....	235
CAPÍTULO PRIMERO.- LA NECESARIA FORMALIZACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO	238
CAPÍTULO SEGUNDO.- REQUERIMIENTO DE PAGO POR LA REALIZACIÓN DE PRESTACIONES SIN CONTRATO	241
CAPÍTULO TERCERO.- EL CONTROL EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.....	248
CAPÍTULO CUARTO.-CONVALIDACIÓN DEL EXPEDIENTE O REVISIÓN DE OFICIO DE UNA CONTRATACIÓN IRREGULAR.....	252
CAPÍTULO QUINTO.- LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y SU CARÁCTER SUBSIDIARIO	256
V.1.- REQUISITOS PARA APLICAR EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.....	260
V.2.- DIFERENCIACIÓN ENTRE EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y OTRAS FUENTES DE OBLIGACIONES SIMILARES.....	266
V.3.- PRECIO A ABONAR POR LA PRESTACIÓN REALIZADA FUERA DE CONTRATO.....	269

V.4.- PLAZO PARA EJERCITAR EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	271
V.5.- RESPONSABILIDADES DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR LA TRAMITACIÓN IRREGULAR DE EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN.....	272
CUARTA PARTE - AGRUPACIONES SIN PERSONALIDAD EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN CON EL SECTOR PÚBLICO.....	277
INTRODUCCIÓN.....	279
CAPÍTULO PRIMERO.- LA UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS (UTE)	281
LAS UNIONES DE EMPRESAS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL.....	291
CAPÍTULO SEGUNDO.- LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA QUE BUSCA LA INNOVACIÓN.....	294
QUINTA PARTE - CONCLUSIONES	307
BIBLIOGRAFIA.....	315
INDICE JURISPRUDENCIA	333
I.1.- TRIBUNAL SUPREMO:	335
I.1.A.- SALA DE LO CONTENCIOSO.....	335
I.1.B.- SALA DE LO CIVIL.....	335
I.2.- TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA:.....	337
INFORMES.....	341
I.1.- JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO.....	343
II.2.- OTROS ÓRGANOS CONSULTIVOS:.....	345

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

RESUMEN

En el ordenamiento jurídico español para poder participar en un procedimiento de contratación y ser contratista necesariamente tanto las personas físicas como las jurídicas deben poseer “capacidad de obrar”, salvo que la propia normativa diga lo contrario. El término “capacidad” es la causa de exclusión de los entes carentes de personalidad para contratar con el sector público según interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), con la única excepción de las uniones temporales de empresas (ute).

Las directivas europeas de contratación pública, consideran que lo que le importa al poder adjudicador para contratar no es la forma de constitución de la empresa licitadora o candidata a la contratación con el sector público sino sus habilidades o cualificación para la realización del servicio que se le requiere y en lugar de utilizar los conceptos “persona física y jurídica” o “capacidad de obrar” los sustituye por el de “operadores económicos”, término que no lleva las connotaciones excluyentes de los anteriores.

Por lo tanto, la utilización de unos u otros términos (persona física o jurídica con capacidad de obrar u operador económico) tiene consecuencias y de ello va a depender que se excluyan miles de empresas que a pesar de su falta de personalidad desarrollan actividades comerciales de forma regular y reconocidas por las leyes.

Si todos los derechos y libertades recogidos en el Título I de la Constitución española son importantes, no debe restársele valor a la libertad de empresa como derecho dignificante del ser humano y medio de ganarse la vida.

La mayoría de las empresas son el resultado de la inquietud, de la iniciativa o incluso de la personalidad de una o varias personas llamados empresarios o emprendedores. El legislador debe tender a facilitar la participación de pequeños y medianos empresarios en el mercado, tanto si actúan individualmente como asociados o en CB.

La puesta en marcha de cualquier proyecto empresarial requiere adoptar decisiones en cuanto a la configuración del soporte jurídico. A la hora de constituir una empresa, puede optarse por distintas fórmulas dependiendo de las circunstancias sociales y económicas de la misma. Hay que realizar una planificación de carácter general: definición de la actividad, valoración de los riesgos, análisis de la disponibilidad financiera o estudios de viabilidad y tener una idea de cuál va a ser el volumen de facturación aproximado de la empresa pues si la facturación es pequeña, lo habitual es que se opte por la forma de empresario individual o de comunidad de bienes.

Las empresas realizan actividades productivas que crean riqueza y las asociaciones de empresarios permiten conseguir ciertos objetivos que difícilmente podrían realizarse si se excluyeran en base a su falta de personalidad.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

En nuestro Ordenamiento, la personalidad jurídica no se configura como un elemento indispensable del concepto de sociedad, por lo que la constitución de entidades desprovistas de ese atributo o con limitaciones en el mismo es perfectamente posible.

La legislación de contratos, siendo consciente de que las asociaciones de empresarios permiten conseguir ciertos objetivos, utiliza la figura de la UTE, fórmula jurídica de colaboración muy extendida en grandes empresas constructoras y de servicios, para la realización de grandes proyectos administrativos a pesar de su falta de personalidad. Y la Directiva 2014/24/UE crea la figura de las “*asociaciones para la innovación*” en donde los poderes adjudicadores al seleccionar a los candidatos aplicarán criterios relativos a su capacidad en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como en elaboración y aplicación de soluciones innovadoras, sin importarles la forma jurídica de la asociación creada.

El artículo 1669 del Cc no dice que las sociedades cuyos socios contraten en su propio nombre con terceros y sus pactos se mantengan secretos, no sean sociedades, sino simplemente, que carecen de personalidad jurídica y la remisión a las disposiciones relativas a la comunidad de bienes no supone, por si sola, ni una automática conversión de la sociedad, ni tampoco una absoluta equiparación de sus reglas de organización y funcionamiento con las de la comunidad sino más bien pretende ordenar mínimamente las relaciones entre los socios durante la vida de la sociedad para el supuesto de que los socios no lo hayan hecho en el contrato social. Se trata de sociedades internas que establecen un vínculo obligatorio entre los socios sin trascendencia externa.

El proyecto de ley de Código Mercantil reconoce ya explícitamente esta figura jurídica bajo la denominación de «comunidad de empresa». Se está reconociendo su naturaleza de sociedades mercantiles no inscritas que han de someterse al mismo régimen que las irregulares, régimen basado en la aplicación preferente de lo pactado en el contrato de sociedad y supletoriamente por las normas de la sociedad colectiva, con responsabilidad agravada de los socios y administradores frente a terceros por las deudas sociales (responsabilidad personal, ilimitada y solidariamente sin necesidad de previa excusión del patrimonio social).

Aunque puede equipararse a una sociedad irregular civil o mercantil (en función de la naturaleza de la actividad) no es una sociedad irregular puesto que su intención es ser una empresa-CB a la que no se le requiere la inscripción registral al igual que a las sociedades civiles y tampoco pretende ser una sociedad regular colectiva. La sociedad es irregular cuando pretende ser una sociedad mercantil pero le falta el cumplimiento de determinadas obligaciones para actuar válidamente como tal y aunque desprovista de personalidad jurídica posee subjetividad jurídica. No es comparable a la CB puesto que ésta cumple todos los requisitos legales.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La comunidad de bienes empresarial responde frente a terceros no solamente con los bienes que posea sino con el patrimonio personal de los comuneros si los bienes comunes no fueran suficientes. Cada comunero tiene una responsabilidad frente a terceros ilimitada, subsidiaria y solidaria. Asimismo las deudas pueden ser exigidas a todos o a cada uno de los comuneros pudiendo los acreedores pedir a cada comunero la parte proporcional a su cuota o pedir el importe total de la deuda a uno de ellos, quien, posteriormente, podrá exigir al resto que le reintegre la parte que aportó por ellos. Hay que tener en cuenta que si hay sociedad no existe la facultad de división.

Las empresas-CB deberían ser objeto de regulación singular, con sus propias características, mezcla de copropiedad y sociedad mercantil. Se puede partir de la normativa del código civil que hace referencia a las comunidades de bienes en que sus miembros no pretenden crear una nueva persona independiente con personalidad jurídica propia sino más bien actuar en el mercado como agrupación de empresas para desarrollar una actividad económica con intención de permanencia, con ánimo de lucro, en igualdad de condiciones con el resto de las empresas, siendo sus comuneros los empresarios que asumen la responsabilidad o riesgo económico.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

SUMMARY

In the Spanish legal system, both natural and legal persons in order to be able to participate in a recruitment procedure and be contractor necessarily must possess "legal capacity to act", unless the law provides to the contrary. The term "capacity" is the cause of exclusion of the entities devoid of personality to enter into a contract with the public sector according to the interpretation of the Consultation Board of Administrative Contracting, with the only exception of temporary Business Association (TBA).

The European directives on public procurement, consider that what matters to the contracting authority to hire is not the form of constitution of the tendering or candidate company for recruitment to the public sector, but their skills or qualifications to carry out the service that is required and the concepts of "physical and legal person" or "legal capacity to act" are replaced by "economic operators", a term that does not have exclusive connotations.

Therefore, the use of one or the other terms (natural or legal person with capacity to act or economic operator) has consequences and it is going to depend on the exclusion of thousands of companies that, in spite of its lack of personality develop commercial activities on a regular basis and recognized by the laws.

If all the rights and freedoms set out in title I of the Spanish Constitution are important, the freedom of enterprise has significant importance as a dignified human right for every human being and means of earning a living.

Most of the companies are the result of the concern, the initiative or even the personality of one or several people called businessmen or entrepreneurs. The legislator should aim to facilitate the participation of small and medium-sized companies in the market, whether acting individually or as partners or in CB.

The implementation of any business project requires taking decisions regarding the configuration of the legal support. At the time of starting a business, people can opt for different formulas depending on social and economic circumstances. It is necessary to make a general planning: definition of the activity, assessment of the risks, analysis of the financial availability or feasibility studies and get an idea of what is going to be the approximate volume of turnover of the company because if the billing is small, it is usual to opt for the shape of individual entrepreneur or community of goods.

Firms undertake productive activities that create wealth and business associations allow you to achieve certain objectives that could hardly be achieved if they are excluded according to their lack of personality.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

In our legal system, the legal personality is not configured as an indispensable element of the concept of society; consequentially the constitution of entities devoid or with restrictions of that attribute is perfectly possible.

The law of contracts, being aware that the business associations allow you to achieve certain objectives, uses the figure of the TBA, legal formula of collaboration very widespread in large construction companies and services, for the realization of a large number of administrative projects despite their lack of personality. And Directive 2014/24/EU creates the figure of the "Partnerships for Innovation" where the contracting authorities in selecting candidates apply criteria relating to its capacity in the areas of research and development, as well as in development and implementation of innovative solutions, regardless of the legal form of the association created.

Article 1669 of the Cc does not say that societies whose members engage in your own name with third parties and their covenants are kept secret, they are not societies, but simply it says that they have lack legal personality and the referral to the provisions relating to the community of goods does not mean, by itself, or an automatic conversion of society, nor an absolute equalization of its rules of organization and operation with the rules of the Community, but rather aims to sort minimally relations between the partners during the life of the society for the assumption that the partners have not yet done in the social contract. They are domestic companies that establish a mandatory link between partners without external effects.

The draft law of the Commercial Code explicitly recognizes this legal figure under the name of "Community of Companies". It is recognizing its nature of commercial society not registered that must be subject to the same regime that the irregular companies, regime based on the preferred application of what has been agreed in the society contract and residuary by the rules of the business partnership, with aggravated responsibility for the partners and administrators against third parties by the social debts (unlimited personal liability, and severally without need of prior exclusion of social heritage).

Although it can be equated to a irregular civil or commercial society (depending on the nature of the activity) is not a irregular company, because its intention is to be a company-CB that does not require the registration as well as civil societies and is not intended to be a General partnership. The society is irregular when intended to be a commercial society but it lacks the fulfillment of certain obligations to act validly as such society, and although it devoid of legal personality has legal subjectivity. It is not comparable to the CB because CB fulfills all legal requirements.

The business community of goods has third party liability not only with the property it own, but with the personal assets of co-proprietors if the commons goods were not enough. Each co-proprietors has unlimited subsidiary and solidarity

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

third party liability. On the other hand, debts may be required to all or each co-proprietor and the creditors can ask to each co-proprietor for the part proportional to its quota or ask for the total amount of debt. This co-proprietor, subsequently, may require to other co-proprietors that reimburse the corresponding sum. Keep in mind that if there is society there is not the faculty of division.

The companies-CB should be subject to singular regulation, with its own characteristics, a mixture of co-ownership and mercantile society. It can start from the rules of the civil code that refers to the communities of goods whose members do not intend to create a new independent person with own legal personality but rather act in the market as business groups in order to develop an economic activity with the intention of permanence, profit-oriented, on equal terms with the rest of the companies, being its members employers who take on the responsibility or economic risk

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

AGRADECIMIENTO

Esta tesis está dirigida a mis familiares, amigos, profesores o compañeros que de alguna forma me han sido de ayuda o apoyo moral, material, económico o didáctico, a aquellos que han intervenido de alguna forma en el desarrollo de las ideas y experiencias que han llevado a la conclusión y culminación de esta tesis y a quienes califican si en la tesis se cumplieron los objetivos de la misma, los problemas planteados y las propuestas de solución a los problemas.

Esta tesis es el resultado de un largo trabajo en el que muchas personas han colaborado para hacerlo realidad. A todas ellas deseo expresar mi gratitud por el apoyo y la confianza que me han prestado de forma desinteresada.

En primer lugar quiero mostrar mi agradecimiento al Dr. D. Leopoldo Tolivar y la Dra. D^a Eva Menéndez Sebastián, directores de esta tesis

En segundo lugar mi agradecimiento a las personas que me han ayudado y alentado a la hora de elaborar esta tesis, de entre todas esas personas quiero hacer especial mención por su significado apoyo, de las siguientes:

Al magistrado Dr. D. David Ordoñez Solís, profesor de la UNED, su ayuda fue decisiva para mí en los momentos iniciales.

Al Departamento de Construcción e Ingeniería de Fabricación de la Universidad de Oviedo por el apoyo recibido durante el tiempo que he desarrollado mi labor investigadora. A las profesoras de este Departamento, Dra. D^a Cristina Rodríguez González, Dra. D^a. Isabel Viña Olay y mi Directora, Dra. D^a Rocío Fernández Rodríguez, que siempre me aconsejaron y escucharon.

A mis compañeros de trabajo, especialmente a D. Juan Carlos Caramés Alonso por su apoyo y ánimo que fue muy importante para mí y a D. José Neira de la biblioteca.

También deseo mostrar mi agradecimiento a diversos Centros de la Universidad por el apoyo y medios recibidos, como la Biblioteca de Ciencias Jurídicas o mis compañeros del CIP, al coordinador del programa, D. Julio Carbajo, así como a la propia Universidad de Oviedo por haber puesto sus recursos a mi disposición cuando así lo solicité.

A mi familia y amigos por su continua comprensión y ayuda y sobre todo a mis padres por el gran esfuerzo que hicieron para que pudiera recibir la formación que alcancé.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

ABREVIATURAS

AA.VV	Autores varios
AIE	Agrupaciones de Interés Económico
Apdo	Apartado
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CB	Comunidad de Bienes
Cc	Código Civil
Cco	Código de Comercio
CCAA	Comunidad Autónoma
CE	Constitución Española de 1978
CPI	Compra pública innovadora
Directiva 2014/24/UE	La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014
Directiva 2004/18/CE	La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004
DGRN	Dirección General de Registros y Notariado
FJ	Fundamento Jurídico
I+D+i	Investigación, desarrollo e innovación
INE	Instituto Nacional de Estadística
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa
LCSP	Ley 9/2017, de 8 noviembre de 2017 de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE (LCEur 2014\535) y 2014/24/UE, de 26-2-2014 (LCEur 2014\536).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre (RCL 2015, 1477), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
LUTE	Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las sociedades de desarrollo industrial y regional (ley de ute),
MEH	Ministerio de Economía y Hacienda
Ob. Cit	Obra citada
Pág	Página
PYME	Pequeñas y Medianas Empresas
RGLCAP	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
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SGR	Sociedad de Garantía Recíproca
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TREBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
TRLCSP	Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea
UTE	Unión Temporal de Empresas

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

Los empleados públicos cuando realizan una comisión de servicios son indemnizados por los gastos generados y justificados, tanto por dietas como por gastos de viaje o de alojamiento y cuando realiza el gasto no va a cuestionar si quien ha realizado el servicio está capacitado para contratar con el sector público.

Entre las funciones del cajero pagador, la más importante es la realización de los pagos a los acreedores en tiempo y forma, verificando que los comprobantes facilitados en justificación de los gastos y los pagos consiguientes sean documentos auténticos y originales, que cumplan todos los requisitos exigidos por la legislación vigente, que no superen la cuantía reglamentaria y se destinen a gastos corrientes (capítulo 2).

Con frecuencia al cajero pagador, depositario de fondos públicos, le presentan facturas emitidas por comunidades de bienes (CB) que han realizado un servicio o entregado bienes a entes, organismos o entidades del sector público del que forma parte. Este funcionario no ha contratado la obra, servicio o suministro realizado sino que recibe la factura en donde consta el nombre de la empresa seguido de la abreviatura “CB” y su CIF que comienza con la letra “E”. La compra o servicio ya ha sido realizado y recibido satisfactoriamente por la Administración. El cajero pagador por el mismo servicio puede hacer el abono al empleado público (que puede contratar con las CB) pero no directamente a las CB, a pesar de que los fondos con que se hace frente al gasto en los dos supuestos salen de la misma Tesorería.

La factura que se presenta al cajero pagador para su abono es conformada mediante la firma del órgano de su Administración que tiene atribuida esa competencia expresamente por la normativa correspondiente, como puede ser el Director, Jefe del Servicio, etc., identificando su nombre y cargo. Se genera una obligación para la Administración y un derecho a favor del contratista.

Hasta la recepción de la factura nada hace sospechar que la empresa que ha realizado la prestación no tenga capacidad para poder contratar con la Administración pues está realizando sus servicios con toda normalidad en el mercado, son empresas legalmente constituidas y bastante numerosas sobre todo entre las pequeñas y medianas empresas (PYME).

Esta situación también es incómoda para el empleado público que realiza la comisión de servicios que tiene que prestar atención en que la factura no la emita una empresa-CB, cuando ésta es una empresa que está ejerciendo una actividad económica, como dice el código de comercio, de forma habitual o profesional y con apariencia jurídica o lo que es lo mismo, en términos de la nueva Directiva de contratación, que se trate de un operador económico lo suficientemente cualificado para realizar esa actividad económica o profesional.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

El problema para el cajero pagador está en cómo hacer frente a ese gasto ya realizado por una empresa-CB y sabe que si sigue adelante en la tramitación del gasto va a recibir un informe negativo o reparo de la Intervención General que le dirá: *“según el art. 65 de la LCSP, solo podrán contratar con el Sector Público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas. Por tanto, las comunidades de bienes, como tales, no pueden contratar con la Administración Pública, por carecer de capacidad de obrar y de personalidad jurídica distinta de la de los comuneros (artículo 392 y siguientes del Código Civil).* El cajero no la puede pagar aunque la prestación ha sido realizada e incluso recepcionada de conformidad. La CB si quiere cobrar el servicio o suministro encargado y realizado tendrá que acudir a la vía judicial.

¿Cuál es el cauce procedimental para reclamar el pago de una factura derivada de un contrato administrativo que ha sido anulado o no existe, pese a haber sido realizada la prestación por la empresa-CB? .

La jurisprudencia del Tribunal Supremo aboga por la procedencia del pago por la Administración en los casos de enriquecimiento sin causa derivado de la ausencia o nulidad del contrato administrativo en todas las ocasiones en las que ha tratado la cuestión. La ausencia de expediente de contratación o la falta de formalización del contrato no son causas suficientes para que la Administración no deba pagar a sus proveedores y que si la Administración ha encargado la obra, servicio o suministro y se ha beneficiado del mismo, deberá pagarlo.

Hay que tener en cuenta que los contratos menores requieren menos trámites en el procedimiento administrativo de contratación, según la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), incluso se discute si los candidatos deben acreditar su capacidad y solvencia cuando la normativa no se lo exige expresamente y lo que se pretende es simplificar el procedimiento. Es en estos contratos de escasa cuantía donde más problemas genera la contratación con las Comunidades de Bienes, que se manifiestan como tal cuando la prestación ya ha sido realizada, pues la tramitación del expediente solo exige la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que reglamentariamente se establezcan.

La Intervención y los servicios jurídicos de las Administraciones Pública advierten hoy más que nunca que no se deben realizar contratos con estas entidades, pero ¿existen razones jurídicas, económicas o sociales que fundamenten esta postura, cuando son empresas que tienen su espacio en el mercado?.

Está plenamente reconocido tanto socialmente como jurisprudencialmente la existencia de las CB como empresas que realizan una actividad empresarial, con sus peculiaridades como cualquier otra sociedad. Las CB son empresas que se

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

pueden crear bien para un solo proyecto o con intención de permanencia para realizar actividades profesionales, comerciales, industriales, artesanales, financieras, o de otro tipo, persiguiendo una finalidad lucrativa.

Podemos hacer el mismo planteamiento que vienen formulando la doctrina desde hace ya bastantes años en relación a la sociedad civil pero en referencia a la Comunidad de Bienes, ¿es una institución jurídica vigente?, ¿tiene aplicación práctica?, ¿qué función tiene en el derecho actual?, ¿está desfasada?, ¿está obsoleto su régimen jurídico y necesitado de una reforma?

Las uniones de empresarios o profesionales que adoptan la forma de comunidad de bienes son rechazadas de los procedimientos de contratación pública en base a la falta de personalidad jurídica y con ello de “capacidad de obrar”. Aunque, por otro lado, la misma normativa considera que son necesarias las asociaciones de empresarios para la realización de grandes proyectos administrativos y regula expresamente la figura de las uniones temporales de empresas (ute), entidades carentes de personalidad jurídica constituidas por varias empresas que se unen para la realización de un determinado contrato público.

Esta situación aconseja analizar si la exclusión de las empresas-CB de la contratación con el sector público es procedente, teniendo en cuenta la normativa en vigor o, en su caso, si es necesario hacer las modificaciones oportunas para que las empresas constituidas en CB puedan participar en los procedimientos de contratación con el sector público en las mismas condiciones que el resto de las empresas sin verse discriminadas por la forma que adopten en su constitución, sobre todo teniendo en cuenta las consecuencias económica para las mismas como empresas con ánimo de lucro y también para la Administración que puede recibir de ellas ofertas más ventajosas. De hecho no tienen ningún problema para iniciar una actividad mercantil y su forma de constitución es una posibilidad más a elegir por cualquier emprendedor, recomendable para aquellas personas que quieran comenzar una actividad económica, tanto comercial como artesanal, industrial, financiera o de tipo profesional y bastante común en empresas de origen familiar o surgidas de una herencia.

Parece necesario un cambio en la normativa que regula la figura de las comunidades de bienes, bien una regulación singular de estas empresas o simplemente una interpretación diferente de las normas en vigor y en cualquier caso una mejor adaptación de nuestra legislación de contratos del sector público a las Directivas europeas que regulan la contratación pública.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

A. OBJETIVOS

El objetivo de este trabajo es analizar las razones que niegan a las CB la capacidad de contratar con las Administraciones Públicas y si las mismas son ajustadas a derecho dada su capacidad de actuación en el mercado y el reconocimiento de cierta capacidad para otras disciplinas jurídicas para poder formular unas conclusiones y propuestas fundadas en el interés general.

Las cuestiones que se plantean se agrupan en tres básicas: los problemas que plantea a los operadores jurídicos la contratación pública con las CB con la normativa en vigor, la inadecuada regulación legal de estas entidades o su interpretación y la necesidad de adaptar ésta a las nuevas Directivas europeas que afectan a esta materia.

Desde luego, las cuestiones tienen cierta trascendencia, dada la presencia en los mercados de tal forma societaria y el relativo éxito que ha tenido la adopción de esta forma colectiva para el desarrollo de ciertas actividades profesionales como puede ser la constitución de despachos profesionales.

Nuestra legislación de contratos públicos no permite al Sector Público contratar con las empresas-CB por carecer de capacidad de obrar y con ello de personalidad jurídica, exigida en el art. 65 de la Ley 9/2017, de 8 noviembre de 2017, según reiterada interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCA).

Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar. Para tener capacidad hay que tener personalidad jurídica y para saber quién no dispone de la misma tenemos que acudir al Código Civil, que en su art. 1669 nos dice que “no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes”. La relación de ambos artículos es el argumento principal para negar a estas comunidades la capacidad para contratar con el sector público

Si la Administración Pública incluye y acepta la forma de comunidad de bienes (CB) como empresa para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y laborales no debería rechazarla para contratar con el sector público pues la contratación y consiguiente obtención de ingresos o beneficios es la razón de ser de cualquier empresario.

Las pequeñas y medianas empresas (PYME), muchas de tipo familiar, por su importancia cuantitativa y cualitativa están protegidas por la normativa europea y los poderes públicos las quieren potenciar porque constituyen uno de los principales motores para dinamizar la economía española, dada su capacidad de generar empleo. Entre ellas se encuentran las empresas-CB cuya forma adoptan

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

actualmente más de 100.000 empresas en España, según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) y su falta de personalidad no supone un perjuicio ni eluden ningún tipo de responsabilidad frente a tercero porque están respaldadas por la solvencia de sus propios miembros y, por tanto, el interés general que debe perseguir toda actuación administrativa está perfectamente protegido.

Para buscar la naturaleza jurídica de las empresas-cb es necesario compararlas con otras figuras con las que tienen algunas coincidencias para ver sus similitudes y diferencias, como son las sociedades civiles, las sociedades colectivas, las Agrupaciones de Interés Económico (AIE), las cooperativas, y especialmente las UTE. Las uniones temporales de empresas (ute) son una fórmula jurídica de colaboración frecuentemente usada por grandes empresas constructoras y de servicios, aunque no tienen relevancia entre las PYME, espacio que perfectamente podría ser ocupado por las empresas-cb.

La legislación europea busca el acceso sin límites al mercado de las empresas con independencia de su nacionalidad, domicilio social o lugar donde realice sus actividades principales. En definitiva, pretende combatir las trabas al libre comercio. Sus Directivas en materia de contratación pública tratan de garantizar la libre concurrencia e igualdad de las empresas de los diferentes países de la Unión Europea en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Para conseguir una contratación pública más eficiente, en que además de ganar el contratista también lo haría el interés general, se necesita un contratista en el que primen sus habilidades y pericia sobre la forma de constitución de su empresa.

Por otro lado, es necesario establecer una normativa singular, completar la existente o darle otra interpretación, para desarrollar esta figura que crece socialmente y se aleja de las normas civiles que se le están aplicando, que va más allá de la copropiedad estática con finalidad de división entre los comuneros. Es un híbrido entre copropiedad y sociedad mercantil. Estamos ante una copropiedad de bienes, derechos o trabajo aportados por los comuneros para la realización de una actividad económica con ánimo de lucro, sin que por ello se disuelva la personalidad de los comuneros en la nueva entidad. Es una copropiedad dinámica, con intención de permanencia en el tiempo.

Teniendo en cuenta la importancia numérica, social y económica de las empresas-cb, formulamos las siguientes preguntas: ¿la personalidad jurídica es condición imprescindible para que una entidad pueda contratar con el sector público? Y, en su caso, ¿el hecho de que el sector público contrate con estas entidades puede generar algún perjuicio al interés general?. De no ser así, ¿hay alguna posibilidad de que se cambie el art. 65 de la Ley 9/2017, de 8 noviembre de 2017 (LCSP), por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, para que no haya obstáculos a la contratación con las empresas-cb?. ¿Cuál es la razón que impide al legislador adoptar el término “operador económico” de la Directiva 2014/24/UE?.

B. ESTRUCTURA O SISTEMÁTICA UTILIZADA

Partiendo de los objetivos mencionados, esta investigación se va a desarrollar según la siguiente sistemática:

1.- Estudio y análisis de la normativa, doctrina y jurisprudencia referente a las comunidades de bienes y su relación con la contratación con el sector público.

2.- Conclusiones de lo analizado para determinar cuál es la causa que excluye a las empresas CB de la contratación pública española así como las ventajas de su participación en los procedimientos de contratación con el sector público.

3.- Los cambios normativos que puedan mejorar la situación económica de las comunidades de bienes sin causar perjuicios al interés general.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el trabajo se estructura en cinco grandes partes, las cuatro primeros analizando la materia afectada por la situación de exclusión de las CB y la quinta parte donde se dan una conclusiones y propuestas.

La primera parte analiza las comunidades de bienes, su importancia social y económica, desde la regulación del código civil hasta las particularidades de la empresa CB. Frente a la concepción del código civil, estas comunidades de bienes se caracterizan por su estabilidad y la existencia de un fin común entre los comuneros y su organización. Se hace un estudio bastante pormenorizado de estas entidades para ver su interés en el mercado y por tanto la necesidad de contratar para poder subsistir. Esta primera parte se divide en tres capítulos con la intención de ver las comunidades de bienes desde sus tres perspectivas fundamentales, como son la copropiedad, la sociedad y la empresa. El capítulo primero estudia el concepto, naturaleza jurídica, contenido, principios jurídicos, régimen jurídico aplicable, clasificación y extinción de las comunidades de bienes. El capítulo segundo analiza estas entidades como sociedades, empezando por tratar de distinguir ambos conceptos, comunidad y sociedad, tratado por la doctrina y jurisprudencia en numerosas ocasiones. Se hace un análisis histórico de la sociedad civil y su personalidad jurídica para terminar con una referencia a las sociedades irregulares. El capítulo tercero se dedica a la comunidad de bienes como agrupación de empresas o empresarios que se unen para realizar un proyecto empresarial en común, su constitución y disolución. Se hace mención a la libertad de empresa y al derecho de asociación como derechos y libertades constitucionales, libertad de empresa también reconocida en el art. 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de conformidad con el derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. Se hace referencia a la concentración de empresas y agrupaciones sin personalidad, las asociaciones de profesionales y las agrupaciones de interés económico, por su aproximación a las comunidades de bienes como unión de empresarios o sociedades para la realización de una actividad

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

profesional o económica. Se repasa el papel del empresario en la economía actual, así como diferentes conceptos de empresa y empresario y nos detenemos en la empresa familiar por ser donde la forma de constitución de comunidad de bienes se da con mayor frecuencia y finalmente se hace una referencia a las novedades que presenta el anteproyecto de código mercantil en lo que afecta a esta materia, con la única intención de poner de manifiesto que estas entidades siguen estando presentes en nuestro ordenamiento jurídico pero sin hacer ninguna valoración al respecto, a sabiendas que es un proyecto que está parado, pendiente de informes y donde parece haber un enfrentamiento entre civilistas y mercantilistas que dificulta su aprobación.

La segunda parte estudia la CB como contratista en la contratación pública. Se analizan los requisitos necesarios para participar en un procedimiento de contratación con el sector público. Se hace un recorrido por la normativa de contratación pública que se refiere a la capacidad para ser contratista: aptitud, selección, sucesión, cesión y subcontratación. El capítulo primero define la capacidad para contratar con el sector público, haciendo especial referencia a la capacidad de las comunidades de bienes y la interpretación que hace la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCA) del actual art. 65 de la Ley 9/2017, que es copia de sus precedentes. Se analizan los conceptos de persona, sujeto jurídico, persona física, persona jurídica, como conceptos necesarios para entender el de capacidad. Se acude a la LCSP y a su Reglamento para ver la capacidad exigida a los contratistas no españoles y la forma de acreditar la capacidad de obrar. El capítulo segundo estudia los operadores económicos y grupos de operadores económicos y pone de relieve el principio de primacía del derecho comunitario. Es imposible entender la contratación pública española actual sin conocer el derecho europeo. Las Directivas sobre la materia son, desde la incorporación de España a la actual UE en 1986, la principal y casi exclusiva influencia sobre nuestro derecho interno de la contratación. Tras la adecuación de la Ley de Contratos del Estado en 1986 a las primeras Directivas sobre contratación pública, la influencia ha sido creciente, como lo fue en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y definitivamente en la Ley de Contratos del Sector Público, la transposición de la importante Directiva 18/2004. La incidencia del derecho de la UE de la contratación pública ha tenido como principal preocupación los procedimientos de selección de contratistas, en tanto que es la fase en la que deben tutelarse una serie de principios esenciales de la Unión como la transparencia o la igualdad de oportunidades de los empresarios europeos en la concurrencia y en la selección del contratista, principios que son fundamentales para preservar las libertades básicas de establecimiento, circulación de capitales y servicios. El ámbito subjetivo de aplicación de nuestras leyes sobre contratos públicos ha cobrado una importancia esencial bajo la presión de las normas europeas y de las reiteradas condenas que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado contra España. Es importante cómo se realice la transposición de una Directiva europea, la homogeneización terminológica con la Unión Europea o la adopción de la contratación pública como una herramienta no sólo económica sino también para el

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

logro de otras políticas de interés general como las sociales o ambientales. El capítulo tercero se refiere a la novación subjetiva en la contratación pública a través de la sucesión en la persona del contratista o de la cesión y subcontratación. Se analiza la posible existencia al lado del adjudicatario o en su lugar, de otras personas que intervengan en la ejecución del contrato público y los requisitos que se les exige para su participación sin tener que proceder a un nuevo procedimiento de contratación pública.

La tercera parte analiza la situación que se crea cuando se realizan prestaciones a la Administración Pública y el acreedor no recibe la contraprestación correspondiente por inexistencia o nulidad de contrato público. El capítulo primero recoge la necesaria formalización en la contratación del sector público. El capítulo segundo se detiene en el requerimiento de pago por la realización de prestaciones sin contrato. El capítulo tercero pone de relieve el necesario control de la actividad administrativa. El capítulo cuarto trata de dar respuesta a esa falta de contraprestación bien sea mediante la convalidación del expediente o la revisión de oficio por la contratación irregular. El capítulo quinto se centra en la principal acción que tiene el acreedor para poder cobrar el trabajo realizado, la acción de enriquecimiento injusto o sin causa y su carácter subsidiario para aquellas situaciones en que no exista contrato público o sea nulo y haya un cumplimiento de las prestaciones por la empresa. Recoge los presupuestos para aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa, diferenciándolo de otras fuentes de obligaciones similares, con breve referencia a la cuantía que debe recibir el acreedor y el plazo para ejercer la acción y termina abordando las responsabilidades derivadas de la tramitación irregular de los expedientes de contratación.

La cuarta parte pone su atención en las agrupaciones sin personalidad recogidas en la LCSP y su importancia para la contratación pública, las UTE y las nuevas asociaciones para la innovación introducidas por la actual Directiva europea en materia de contratación pública. El capítulo primero se dedica a la unión temporal de empresas (ute) y las uniones de empresas en el anteproyecto de código mercantil (teniendo en cuenta lo dicho al respecto de este anteproyecto en la primera parte) y el capítulo segundo a la asociación para la innovación. Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto pero no cualquier unión o asociación de empresarios sino las reconocidas utes. El poder adjudicador también podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de investigación y desarrollo y al seleccionar a los candidatos aplicarán, en particular, criterios relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como de la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras.

La quinta parte es de las conclusiones. Conclusiones generales deducidas del estudio realizado, así como algunas propuestas sobre el régimen jurídico de selección de los contratistas que podría contribuir a su mejora.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

C. METODOLOGÍA

El derecho público regula la actividad del Estado y de las administraciones públicas en su relación con los particulares así como la intervención económica del sector público en el mundo moderno con que pretende corregir las desigualdades sociales. Cada relación de la administración con el particular es una relación del poder con los derechos del individuo y como tal debe ser valorada.

Las relaciones entre el poder y el individuo, entre autoridad y libertad deben ser reguladas con ecuanimidad y justicia sin inclinarse a favor de conceptos o nociones que se van manteniendo en el tiempo de forma expresa o implícita sin tener en cuenta los cambios sociales.

No existe una metodología universal para solucionar los asuntos de derecho público porque sus contenidos son muchos y su conocimiento sistemático complejo. La investigación jurídica es un tipo de investigación singular, pues al no ser el derecho solo una construcción formal, como los números, hace posible e incluso necesario llevar a cabo investigaciones fácticas de su funcionamiento en la sociedad.

En contraposición al método exegético en el que la interpretación de la norma se sustenta en el sentido de las palabras reflejadas en el derecho positivo, el método dogmático se centra en principios doctrinales como medio principal para interpretar el sentido de la norma jurídica. Estudia el contenido normativo de un sistema jurídico o de sectores concretos de cada sistema jurídico.

Para elaborar normas y principios de derecho público que permitan estructurar un sistema coherente y armónico necesitamos conocer el comportamiento de la realidad social y la normativa que le afecta, los datos estadísticos sobre esa realidad así como tener presente las circunstancias sociológicas y económicas de esa sociedad, sin olvidar los valores políticos y sociales que la presiden.

Las investigaciones jurídico-teóricas se caracterizan porque percibe al derecho como un conjunto de normas que pueden ser analizadas de forma aislada, sin tomar en consideración lo que estas normas pueden ocasionar en la realidad, analizan enlaces entre ellas y sus posibles contradicciones. Es necesario analizar todas las consecuencias que ocasiona la aplicación de una determinada norma, interpretarla de todas las formas posibles, para ver tanto los aspectos positivos como negativos que ésta pueda generar dentro del ordenamiento jurídico.

Frente a la investigación teórica o básica está la investigación tecnológica o aplicada y dentro de ésta la investigación que busca una propuesta, es decir una sugerencia de cambio. Realiza un estudio crítico de la legislación e instituciones para construir una propuesta legislativa que modifica la legislación estudiada.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

En las investigaciones jurídico-sociales el investigador acepta al derecho como producto de una sociedad en un tiempo y lugar determinado y asume que el derecho pueda ocasionar cambios en la sociedad.

El alcance temporal y espacial de esta investigación se circunscribe a la normativa española en vigor. Las fuentes a utilizar serán tanto las normas reguladoras, los antecedentes, enfoques, principales discusiones, doctrina, jurisprudencia, Dictámenes e Informes de Órganos Consultivos de Contratación y, desde luego, casos prácticos, páginas web y cualquier otra fuente que nos pueda ofrecer información de interés para alcanzar nuestro objetivo.

La metodología seguida ha consistido en el análisis de las normas reguladoras sobre la materia, tratando de poner de manifiesto que no hubo cambios en las normas que sucesivamente se fueron introduciendo en nuestro derecho nacional, aunque sí lo hubo en la normativa europea.

El análisis normativo va acompañado de la abundante jurisprudencia que ha ido interpretando los preceptos vigentes en cada momento y de la doctrina que se ha ocupado de estudiar la problemática del contrato público en general y de la selección del contratista en particular, teniendo un lugar destacado los informes elaborados por los órganos consultivos, especialmente la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, como órgano de referencia para todos los operadores jurídicos que trabajan en materia de contratación pública. Se ve el derecho en funcionamiento.

**PRIMERA PARTE - LAS
COMUNIDADES DE BIENES.
IMPORTANCIA SOCIAL Y
ECONÓMICA**

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

INTRODUCCIÓN

El carácter exclusivo de la propiedad no está en contradicción con la posibilidad de un condominio de varios sujetos sobre la misma cosa aunque varias personas no puedan ser simultáneamente propietarias por entero de un mismo bien. “La comunidad de bienes no es substancialmente distinta de la propiedad individual, sino sólo una variación o simultaneidad de varios sujetos en el mismo derecho, una manifestación del dominio con dos elementos, unidad de la cosa y pluralidad de sujetos”¹.

Existen diferencias y analogías de la comunidad de bienes con otras figuras jurídicas existentes: comunidad y propiedad, comunidad y propiedad horizontal, comunidad de bienes y aprovechamiento por turnos, comunidad ordinaria y comunidad de bienes entre cónyuges, comunidad y posesión, comunidad y usufructo, uso y habitación, comunidad y servidumbre, comunidad de bienes y retracto, comunidad de bienes y sociedad o empresa mercantil y comunidad.²

Paso intermedio entre la comunidad de bienes y las entidades con personalidad jurídica es la propiedad horizontal, en la comunidad la cosa pertenece proindiviso a varias personas (los propietarios de los distintos pisos y locales de un mismo edificio), sin embargo en la propiedad horizontal se distingue la propiedad privada sobre cada uno de los pisos, junto con la copropiedad de los elementos comunes o accesorios del edificio. La propiedad horizontal viene a ser una modalidad del derecho de propiedad con dos notas esenciales, una propiedad separada y exclusiva sobre los pisos o locales del edificio o las partes susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública y un derecho de copropiedad sobre el resto de los elementos comunes del edificio no susceptible de división. Los propietarios puedan tener relaciones con terceros mediante los órganos de representación (Junta, presidente de la comunidad, administrador) para obtener servicios sobre elementos comunes (limpieza, mantenimientos, contratación de obras) sin perjuicio de las relaciones internas entre ellos³.

¹ Mora Alarcón: Sociedad civil y comunidad de bienes. (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y legislación, aspectos civiles y fiscales), 2ª Edición. Tirant lo Blanch tratados. Valencia 2000, pág. 138.

² Mora Alarcón: Sociedad civil y comunidad de bienes. (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y legislación, aspectos civiles y fiscales), 2ª Edición. Tirant lo Blanch tratados. Valencia 2000, pág. 139.

³ El artículo 396 del Código Civil lo determina indicando “Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La diferencia entre comunidad y servidumbre radica en que en la servidumbre, una persona (o una comunidad) utiliza en su provecho productos de un fundo que no le pertenece, mientras que en la comunidad los propietarios de varias fincas rústicas utilizan comunitariamente los productos de sus predios. Los sujetos que disfrutan de los pastos o leña están unidos por un vínculo de carácter personal (la vecindad), el número de titulares es indeterminado y variable, faltando la idea de cuota romana, la participación de cada comunero es inalienable e intrasmisible y la comunidad es indisoluble porque no cabe el ejercicio de una acción de división. El carácter de comunidad es discutible en estos aprovechamientos comunales de pastos y leñas de los artículos 600 a 603 de nuestro Cc y en las comunidades vecinales en que los vecinos aprovechan en común determinados bienes. Hay autores que consideran que son servidumbres personales, mientras que otros sostienen que son comunidad y otros que pueden ser servidumbres o comunidades, según su finalidad, las particularidades de su origen, sus componentes y su funcionamiento.

Hay situaciones en las que coexisten derechos distintos, atribuidos a diferentes propietarios, sobre una misma finca. El contenido de la propiedad se presenta distribuido entre los sujetos, de modo que cada uno de ellos tiene una parte de las facultades y pretensiones contenidas en el dominio, pero sin que por esto aparezca uno como propietario y otro como titular de un derecho limitado sobre una cosa ajena, sino que cada uno de los titulares es limitado por el derecho del otro. Por ejemplo: el arbolado pertenece a A, y el suelo a B. El derecho de los dos propietarios no recae sobre la totalidad de la cosa de forma que cada uno pueda gozar de ella y de sus productos en proporción a su respectiva cuota. Esta figura no puede calificarse de copropiedad, sino de concurso de derechos de propiedad distintos sobre una misma cosa⁴. Los aprovechamientos están repartidos entre los comuneros, respetando cada uno de ellos el aprovechamiento del otro. No hay una separación material pero sí aprovechamientos separados (ejemplo en un terreno, hay una parte con manzanos, otra con robles, otra con viñas) y en cuanto al régimen jurídico, se plantea si existe acción de división o no.

También existen comunidades de bienes constituidas por entidades públicas, concretamente por entidades locales, aunque los tratados generales sobre derecho administrativo no traten este tema o sólo lo hacen de forma incidental⁵. La regulación de los servicios municipales obligatorios apunta a los consorcios como fórmula adecuada para la prestación compartida por varios Ayuntamientos de escasa población de la gestión de servicios públicos. El consorcio es una idónea

⁴ La jurisprudencia ha declarado la procedencia del derecho de retracto en caso de enajenación a tercero de uno de los derechos concurrentes sobre la finca, sobre un fundamento jurídico erróneo: existencia de una comunidad de bienes.

⁵ Santiago Farre Tous lo recoge en su artículo “La comunidad de bienes en el ámbito de la Administración Pública.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

figura asociativa para atender el interés que concurre en varias Administraciones o entidades públicas, ya sea porque han de prestar el mismo servicio y la asociación hace que la gestión sea más económica y eficiente, ya porque tratándose de distintas competencias, aunando esas diferentes responsabilidades puede conseguirse un mejor resultado. Este espíritu asociativo hace que la fórmula consorcial compita con otras que puede adoptar el poder público, pues son muchas las funciones que atender y ofrece ciertas ventajas la flexibilidad de las organizaciones siempre que no se abuse en la proliferación de personificaciones o intentos de eludir con ello los controles legales, especialmente en los Ayuntamientos, así como otras reglas del Derecho. Sabiendo que los éxitos de una buena gestión no derivan de la concreta forma jurídica si no del buen hacer de las concretas personas que se han responsabilizado de la gestión.⁶

Puede darse la situación de que varios sujetos elijan constituir una comunidad de bienes respecto de un inmueble para explotarlo o se constituyan en sociedad y según de lo que se trate se le aplicarían unas normas u otras. La determinación de si es comunidad o sociedad depende de si existe actividad interna o externa (personalidad jurídica o no). A pesar de la denominación que hayan podido darles las partes, nos encontramos, al menos en algunos casos, ante verdaderas sociedades, lo que lleva a plantearse cuál es el régimen jurídico que se aplica a estas denominadas «comunidades societarias»⁷.

Nuestro Tribunal Supremo tiene declarado que comunidad y sociedad coinciden en la unión de voluntades pero no en cuanto a sus fines y operatividad⁸ pues las comunidades de bienes suponen la existencia de una propiedad en común y proindivisa, perteneciente a varias personas, hay un patrimonio particular de cada copropietario en situación de indivisión con el resto, mientras que las sociedades se caracterizan por la existencia de un patrimonio en común que se aporta al tráfico económico civil o mercantil para obtener lucros comunes repartibles entre los socios y soportar también en común las pérdidas⁹. Nuestro sistema jurídico mira

⁶ Así lo manifiesta el profesor Francisco Sosa Wagner en su artículo “El contrato de gestión de servicios públicos y los problemas de la contratación in house”.

⁷ Conviene recordar que «la calificación que las partes atribuyen a sus relaciones obligacionales no es determinante ni configura por sí y menos de modo imperativo su específica y propia naturaleza contractual» (STS (Civil) de 24 de julio de 1993 (RJ 1993, 6479)).

La doctrina ha tratado ampliamente el tema de la distinción entre los conceptos de sociedad y de comunidad de bienes: Tena Piazuelo: “La caracterización de la sociedad civil y su diferencia con la comunidad de bienes”, Tirant Lo Blanch, Valencia 1997; M. Albadalejo en “la distinción entre comunidad y sociedad”; Beltrán de Heredia y Castaño en “la comunidad de bienes en Derecho Español”; Miquel Gonzalez en “Comentario al art. 392 Cc” y en “Comunidad y sociedad”; son algunos ejemplos.

⁸ STS de 24 de julio de 1993, 13 de noviembre de 1995 y 18 de febrero de 2009-

⁹ Tribunal Supremo, sala 1ª de lo civil, sentencia de 18 de febrero de 2009.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

con recelo el paso de la propiedad individual a la común e indivisa hasta el punto de autorizar como permanente la acción divisoria. Ya el TS en sentencia de 24 de abril de 1953 distinguía entre Sociedad y CB, aparte de por su origen o fuente de que surgen, por la finalidad que persiguen los interesados que es el lucro común partible en la Sociedad y la mera conservación y aprovechamiento en la comunidad.

La diferencia entre comunidad y sociedad no está en que esta última se organice para obtener ganancias y aquélla no, sino en haber querido, para conseguir la ganancia, una comunidad o una sociedad. En definitiva, el criterio decisivo para diferenciar a la sociedad de cualquier otro modelo de comunidad patrimonial es la intención de formar sociedad.¹⁰ La voluntad de las interesados de constituir una sociedad o de crear una comunidad de bienes¹¹ requiere no solo la existencia de indicios sino la voluntad clara y manifiesta de someterse a un régimen jurídico determinado.¹²

Las sociedades internas, como las comunidades de bienes, son instituciones carentes de personalidad jurídica,¹³ que generan vínculos internos, en principio, en las relaciones entre los socios o, en su caso, entre los comuneros, que se rigen por la normativa sobre comunidad de bienes del Código Civil, artículos 392 y ss, si bien se trata de normas dispositivas, por lo que son preferentes los pactos que hayan celebrado los socios, tal como se desprende del artículo 392, segundo párrafo del Código Civil. La sociedad interna, aunque sea conocida de hecho, excluye por voluntad propia cualquier actuación unificada frente a terceros bajo una razón

¹⁰ Grimaldos Garcia ¿Sociedad interna o comunidad de bienes?: criterios de distinción en nuestra jurisprudencia. A propósito de la STS, 1.^a, de 17 de julio de 2012, en Diario la Ley, núm. 8056, 5 de abril 2013, Ref. D-127 (La Ley 1739/2013). La affectio societatis es calificada por la jurisprudencia de múltiples formas: «intención social», «voluntad de unión de una pluralidad de sujetos para correr en común ciertos riesgos», voluntad de crear la sociedad, es decir, el consentimiento de los contratantes como criterio decisivo para diferenciar sociedad de otro modelo de comunidad de bienes.

¹¹ Manuel Albadalejo en “Derecho Civil, III Derecho de Bienes” y en «la distinción entre comunidad y sociedad», tras un exhaustivo estudio de los criterios de distinción y del análisis de la jurisprudencia y la doctrina, concluía que «la distinción entre sociedad y comunidad se basa no en que objetivamente, y con independencia de la voluntad de las partes haya en un caso sólo uso y disfrute y en otro explotación, sino en que subjetivamente en un caso haya habido voluntad de sociedad y en el otro no».

¹² Fernández de la Gándara: “Derecho de sociedades”. Tirant lo Blanch. Valencia 2010. p. 37 y ss.

¹³ La falta de personalidad jurídica de las comunidades de bienes ha sido reiteradamente puesta de manifiesto por la jurisprudencia. Entre otras muchas, la STS (Cont.-administrativo.) de 28 de mayo de 2013 (RJ 2013, 4544) ; STS (Civil) de 25 de marzo de 1996, RJ 1996, 2439; STS (Civil) de 30 de octubre de 1990, RJ 1990, 8269; STS (Civil) de 5 de julio de 1982 (RJ 1982, 4216) ; SAP Valencia de 18 de abril de 2000 (AC 2000, 4320).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

social única¹⁴, mientras que la comunidad se exterioriza en el ejercicio de su actividad precisamente actuando bajo una denominación única.

El régimen de la sociedad interna que deriva del artículo 1669 del Cc viene determinado por lo que las partes hayan pactado en el contrato social, así se deduce del principio de autonomía de la voluntad conforme a las normas de la contratación (artículo 1255 Cc) y de la propia naturaleza dispositiva del régimen al que remite el artículo 1669 Cc (artículo 392, párrafo 2.º del Cc). Las reglas de la comunidad de bienes se aplicarán en todo lo relativo a los aspectos jurídico-reales que se puedan plantear pero no a los obligacionales que se regirán por las normas del contrato de sociedad¹⁵.

La remisión del artículo 1669 al régimen de la comunidad de bienes ha llevado a plantearse si con ella el legislador ha querido convertir la sociedad en una comunidad de bienes o establecer un régimen imperativo y exhaustivo de la sociedad interna. Esta remisión a las disposiciones relativas a la comunidad de bienes no supone, por si sola, ni una automática conversión de la sociedad, ni tampoco una absoluta equiparación de sus reglas de organización y funcionamiento con las de la comunidad¹⁶ sino más bien pretende ordenar mínimamente las relaciones entre los socios durante la vida de la sociedad para el supuesto de que los socios no lo hayan hecho en el contrato social y, en particular, las cuestiones relativas al fondo común formado con sus aportaciones. Por tanto, si bien el artículo 1669 del Cc establece que se aplicarán las disposiciones relativas a la CB a las sociedades que no tengan personalidad jurídica, no por ello hay que entender que existe una relación de analogía¹⁷.

Si una comunidad de bienes puede tener un origen convencional ¿en qué se diferencia la comunidad de la sociedad en la que hay también puesta en común de bienes para partir las ganancias?.

¹⁴ Gardeazábal del Río: «La sociedad en formación y la sociedad irregular», en *Instituciones de Derecho Privado*, coord. por J. F. Delgado de Miguel, tomo VI, vol. 2.º Civitas, Madrid, 2004, p. 187. Lo que no quiere decir es que una sociedad interna no sea una sociedad aunque carezca de personalidad jurídica aunque excluye por su propia voluntad una actuación unificada frente a terceros, mientras la comunidad en el ejercicio de su actividad económica actúa bajo una denominación única o razón social.

¹⁵ Cándido Paz-Ares en: «Las sociedades mercantiles», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, dir. por A. Menéndez y A. Rojo, Civitas, Cizur-Menor, 2015, pp. 364-365, y «La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad». En Uría Menéndez, *Curso de Derecho mercantil I*, eds. 1.ª y 2.ª. Aurelio Menéndez Menéndez, Juan Luis Iglesias Prada, Rodrigo Uría González, et al. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1999-2006.

¹⁶ Como indica la STS de 17 de julio de 2012 (RJ 2012, 9331).

¹⁷ Antonio Jorge Serra Mallol: «El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles».

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Cuando la comunidad de bienes se haya originado a consecuencia de un contrato entre comuneros por el que se obligan a poner en común bienes, se tratará probablemente de un contrato de sociedad y aunque no sea estrictamente un contrato de sociedad debe regirse por analogía por las disposiciones de éste en las relaciones internas. Es una interpretación a contrario sensu del artículo 392.2 y del artículo 1669 del Código Civil, siendo de aplicación las reglas del contrato de sociedad en relación con los comuneros y las reglas de la Comunidad de bienes para las relaciones con terceros.¹⁸

Lo que no dice el precepto es que las sociedades cuyos socios contraten en su propio nombre con terceros cuando sus pactos se mantengan secretos, no sean sociedades, sino simplemente, que carecen de personalidad jurídica. Entonces, ¿estamos o no ante una sociedad?, ¿de qué tipo?, ¿de qué sociedades se trata, si es que estamos ante alguna clase de sociedad?.

La CB carece de personalidad jurídica diferente de la de sus socios pero las CB con objeto mercantil son comunidades en su constitución pero tienen espíritu de sociedades, por lo que las disposiciones relativas a la CB no pueden ser las reglas únicas por las que queden reguladas las relaciones entre los comuneros.¹⁹

Aceptado por los diferentes operadores jurídicos que la comunidad que ejerce una actividad empresarial se basa en una relación jurídica equiparable a la de la sociedad mercantil, hay que fijar cuál es el régimen jurídico aplicable y lo que sucede con las sociedades civiles con objeto mercantil a las que podrían asimilarse las comunidades que ejercen una actividad empresarial.

La doctrina se ha pronunciado sobre la naturaleza de estas sociedades civiles con objeto mercantil y considera que si la sociedad es constituida como civil pero con objeto mercantil no es sociedad civil sino sociedad mercantil colectiva²⁰, aunque la voluntad de los socios haya sido constituirlo como civil, ya que las normas reguladoras de la sociedad mercantil tienen carácter imperativo al estar establecidas en interés del tráfico mercantil. La jurisprudencia, en el mismo sentido, considera que las sociedades civiles con objeto mercantil son sociedades de

¹⁸ S. Vázquez Barros en “La comunidad de bienes en el Código Civil” o. Torres Mateos: en “Comunidad de Bienes”. Si existe un contrato entre los miembros, las relaciones entre ellos se regirán por ese contrato. Las reglas de la comunidad se aplicarán a los aspectos jurídico-reales y las normas del contrato de sociedad a los aspectos obligacionales.

¹⁹ Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª). Sentencia núm. 22/2012 de 18 enero.

²⁰ Vicent Chuliá: Introducción al Derecho Mercantil, vol. I, Tirant lo Blanch. 2012. Pág. 487. Considera que si la sociedad está constituida como civil pero su objeto es mercantil será una sociedad mercantil y colectiva.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

naturaleza mercantil, dado su fin, pero sin acceso al Registro Mercantil²¹, lo que las convierte en un tipo de sociedad irregular²².

De acuerdo con la doctrina científica, la del Tribunal Supremo y la de la Dirección General de los Registros y del Notariado, las comunidades que ejercen actividades empresariales se consideran sociedades desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro. Son mercantiles por su objeto, puesto que desarrollan una actividad constitutiva de empresa bajo una razón unificada en el tráfico. Y la relación societaria es calificable como irregular, por su falta de inscripción. Así, a título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 7 de enero de 2004, en el caso de comunidad de bienes legalmente establecida con su NIF correspondiente y un establecimiento abierto al público con denominación mercantil, que utiliza frente a terceros, según consta en las facturas libradas por la misma, declara que la verdadera naturaleza del acto por el que se constituye la comunidad de bienes es el de una sociedad irregular.

No obstante, aunque puede equipararse a una sociedad irregular civil o mercantil (en función de la naturaleza de la actividad) no es una sociedad irregular puesto que su intención es ser una empresa-CB a la que no se le requiere la inscripción registral al igual que a las sociedades civiles y tampoco pretende ser una sociedad regular colectiva. Por ello la explotación no excluye la comunidad, y de no existir ánimo societario, la explotación no es sociedad²³.

Algunas sentencias califican como sociedad civil con personalidad jurídica una comunidad de bienes²⁴ diciendo que “pese a la denominación dada por los recurrentes a su explotación agraria se ha de concluir que, efectivamente, y en contra lo resuelto por la Administración, se trata de una sociedad civil. Así se deduce, aparte de su origen convencional en virtud del contrato de constitución, sobre todo y fundamentalmente, de su finalidad u objeto, la explotación de los bienes agropecuarios cuya titularidad corresponda a los socios, así como la comercialización de productos relacionados con el sector y demás actividades relacionadas directamente con las anteriormente indicadas” (artículo primero de los Estatutos). Pese a manifestarse que el contrato lo era de “constitución de Comunidad de Bienes” la verdadera intención de los contratantes fue la de constituir una sociedad civil con el referido objeto, con personalidad jurídica propia

²¹ Maside Miranda: «Las sociedades civiles y el Registro Mercantil», en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 6, 2002, pp. 447-458.

²² SAP Santa Cruz de Tenerife. Sec. 4.ª, núm. 158/2013, de 24 de abril, SAP Alicante. Sec. 9.ª, núm. 735/2012, de 27 de diciembre.

²³ STS de 28 de junio de 1906 y 16 de diciembre de 1964.

²⁴ Sentencia del TS de 28 de mayo de 2013. Recurso 570/2010.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

y diferenciada de la de los socios, al no mantener secretos los pactos entre ellos y que ha venido girando en el tráfico comercial como entidad independiente. Siendo de resaltar sus cláusulas estatutarias de las que se deriva la intención de constituir una auténtica sociedad para el ejercicio de una actividad agropecuaria con el fin de obtener un lucro común y divisible (prevé la duración con carácter indefinido de la actividad, fija el capital suscrito por terceras partes entre los tres comuneros, con destino a la adquisición de materiales y bienes necesarios para el ejercicio de la actividad, establece los requisitos que se habrán de cumplir para la transmisión de las participaciones, regula el régimen de las juntas generales, ordinarias y extraordinarias, y la forma de adopción de los acuerdos y los frutos obtenidos se imputen en la proporción de los títulos suscritos por cada uno).

La Audiencia Provincial de A Coruña en la Sentencia de 9 de marzo de 2012, sala civil, Recurso 81/2012, constata que “en la actualidad proliferan en demasía las agrupaciones de personas físicas, que aportando un capital y poniendo su trabajo personal, se dedican a la explotación de un negocio o realizan una actividad comercial o industrial, con ánimo de partir las ganancias. Comunidades que suelen constituirse mediante un simple documento privado y utilizan en el tráfico mercantil denominaciones de *"Sociedad Civil"* o de *"Comunidad de Bienes"*. Dado que dicho documento privado es presentado ante la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, a fin de obtener un número de identificación fiscal, muchos de los contratantes creen erróneamente que esas *"Sociedades Civiles"* tiene personalidad jurídica propia e independiente de los distintos socios pero el que una comunidad de bienes tenga un código fiscal, no implica que tenga reconocida la personalidad jurídica, sino que dicho código de identificación sirve para poder controlar fiscalmente mejor el patrimonio de la comunidad, dado que las normas administrativas de carácter fiscal no tienen la virtualidad de generar personalidad jurídica independiente, según determina el Auto 111/2005 de 11 de marzo de la Audiencia provincial de A Coruña Sección 3ª.

A esta sociedad que por su objeto se le ha de calificar como mercantil, a sensu contrario del párrafo segundo del art. 116 del Código de Comercio, se le debería aplicar el artículo 117 que exige para su constitución la escritura pública y la inscripción en el Registro mercantil, sin cuyos requisitos carece de personalidad jurídica, pues el Código de Comercio establece que serán sociedades mercantiles aquellas que tienen como objeto una actividad comercial o industrial²⁵ y que además se constituyan con arreglo a uno de los tipos o formas previstos legalmente. Por tanto, este tipo social no está reconocido en el Derecho de sociedades, como se desprende del artículo 122 del C.co que reserva el ejercicio de la actividad mercantil a los tipos mercantiles reconocidos expresamente por este Código.

²⁵ Pérez de Madrid Carreras: «La mercantilidad de la sociedad en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. A propósito de la Resolución de 20 de abril de 2010», en Revista Derecho de Sociedades, núm. 36, 2011-1, p. 448.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

El Código civil, sin embargo, en su art. 1670, permite que las sociedades civiles atendiendo al objeto a que se consagren revistan las formas reconocidas en el Código de Comercio, siendo civiles aunque se rijan por el Código de comercio en lo que no se oponga al Código civil. La actividad empresarial que ejercen estas comunidades debe encuadrarse entre las operaciones o actividades constitutivas de empresa (art. 1.1 Cco), por lo que deben calificarse como sociedades de naturaleza mercantil, aunque no están constituidas de acuerdo a una forma tipificada²⁶.

Es frecuente el recurso a las comunidades de bienes para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales en el tráfico económico, actuando cada comunero o copropietario en nombre propio. No obstante, parece que el ordenamiento o regulación civil del condominio (arts. 392 y siguientes del Cc) resulta inadecuado para las exigencias de una empresa mercantil. Las comunidades de bienes constituidas para la explotación de una empresa mercantil constituyen un supuesto de coexistencia de comunidad y de sociedad que, aun siendo figuras heterogéneas no son incompatibles entre sí cuando el contrato de sociedad configura una sociedad interna (comunidad de bienes), manifestándose, sin embargo, la incompatibilidad cuando se exterioriza en el ejercicio de una actividad económica con vistas a la consecución de un fin empresarial común, debiendo someterse estas relaciones imperativamente a la normativa societaria y debiendo considerarse el contrato de sociedad tácitamente concertado por los actos externos de comercio.

Hay jurisprudencia que afirma no ser posible la existencia de una CB con objeto comercial pero sí una posible CB sobre un negocio mercantil²⁷. Se produce un condominio específico que no se corresponde por completo ni al tipo romano ni al germánico, intermedio entre la sociedad y la copropiedad, cuando dos o más personas sean partícipes en la propiedad de un establecimiento mercantil,²⁸ caracterizado por una pluralidad de personas que utilizan el mismo negocio, una división de la propiedad de éste en partes ideales conforme a las reglas del condominio y una utilización del negocio por los copropietarios en la que la voluntad de la mayoría es decisiva.²⁹

²⁶ Sobre atipicidad societaria, Fernández de la Gándara: Derecho de sociedades, vol. I, Tirant Lo blanch. 2010.

²⁷ STS de 25 de marzo de 1996.

²⁸ STS de 16 de marzo de 1989: el ascendiente común de quienes son parte en el litigio promovió una sociedad irregular, que por tener una notoria actividad mercantil ha de regirse por las normas de la sociedad colectiva respecto de terceros y por su pactos entre los socios o, en su defecto, por las normas de la copropiedad.

²⁹ TS en su sentencia de 2 de diciembre de 1989 que dice que “la normativa propia de la CB entre las partes existentes, en cuanto copropietarios, es suficiente para poder explotar en común el taller y obtener del mismo el correspondiente rendimiento partible, sin tener que acudir a la configuración de una sociedad entre ellos, máxime cuando sería irregular por su constitución

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La forma comunitaria se utiliza para diferentes finalidades colectivas como construir un edificio o llevar cualquier tipo de empresa mercantil, con un funcionamiento interno y externo a regular por los propios interesados³⁰. La sentencia 85/2000, de 8 de febrero de la Audiencia Provincial de Salamanca marca diferencias apreciables en cuanto a la distinción entre comunidad de bienes stricto sensu, donde su esencia radica en la titularidad y el disfrute en común, y comunidad de bienes con carácter empresarial (dinámica y funcional) donde la esencia radica en la explotación y desarrollo en común de una actividad empresarial por parte de los comuneros y que se pretende equiparar a una sociedad irregular civil o mercantil.

La comunidad de bienes como forma de ejercer una actividad empresarial es una realidad en el tráfico económico-mercantil. Son entes sin personalidad jurídica pero reconocidos por determinados sectores del ordenamiento jurídico a sus propios fines, que carecen de un régimen jurídico propio. Habría que determinar cuáles son sus características esenciales y cuál es su relación con la comunidad de bienes regulada en el Código civil o con la sociedad para calificarla y establecer su régimen aplicable.

mediante un simple contrato verbal y mantener, por tanto, sus pactos secretos entre los socios, habría de regirse, en todo caso, por las normas de la CB, como expresamente establece el art. 1669 del Cc”

³⁰ AA. VV. *Bienes en común*. S. Nasarre Aznar (dir). Tirant lo Blanch. Valencia. 2015. Bajo el título "Bienes en común" se recogen una serie de supuestos en los cuales un mismo bien es tenido a la vez por dos o más personas. Su objetivo es, por lo tanto, ir más allá de los "bienes en copropiedad" para así poder incluir supuestos que supongan la necesidad de organizar las relaciones de diversas personas sobre una misma cosa. Esta perspectiva innovadora, que se combina con estudios con jurisprudencia actualizada de instituciones imprescindibles como la comunidad romana, se traslada también al enfoque dado al tratamiento de la propiedad horizontal (tanto en la legislación estatal como en el Código civil de Cataluña) a través de situaciones prácticas, el trato diferenciado a instituciones poco estudiadas como las servidumbres canarias y el análisis de otras instituciones desarrolladas en derechos forales, como los derechos de aprovechamiento parcial. La obra goza de un importante carácter interdisciplinar, incluyendo estudios de derecho civil, concursal, tributario y de la vivienda. Reúne autores nacionales e internacionales, académicos y prácticos, expertos en derechos reales que aportan una visión global de la problemática y que permiten estudios especiales sobre los diversos tipos de copropiedad en Inglaterra y Gales, Alemania, Irlanda y Portugal. Con este trabajo colectivo el lector podrá comprobar, entonces, qué comparten un derecho de balcón para ver una procesión o la posibilidad de comprar una casa solamente por 20 años.

AA. VV. *Comunidad de bienes*. Reyes López, M.J (coord.). Tirant lo Blanch. Valencia. 2014. Las situaciones en las que existe comunidad de bienes o de derechos siempre se han caracterizado por su especial conflictividad en las relaciones propias del tráfico jurídico, fundamentalmente en los aspectos que implican actos de disposición. Habida cuenta de la escasa regulación que ofrece el ordenamiento jurídico español, ello ha provocado que las respuestas a muchas de estas situaciones, y especialmente a aquellas que la realidad ha ido creando, hayan requerido ser interpretadas por parte de la doctrina jurisprudencial o, en su caso, de la DGRN, antes de verse plasmadas en normativas de regulación específica, o ser objeto de una nueva formulación por parte de ordenamientos jurídicos más recientes.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

En esta primera parte de la tesis se va a analizar la figura de las comunidades de bienes. Se va a realizar el estudio de las mismas desde diferentes perspectivas, como propiedad, como sociedad y como empresa, aunque teniendo en cuenta que es difícil su separación porque es una figura que participa de las tres referencias. Hay diferentes teorías sobre su naturaleza y con ello sobre la normativa de aplicación, llegando a criterios totalmente opuestos que se ponen de manifiesto a lo largo de este trabajo. Lo cual nos puede hacer pensar que las comunidades de bienes que realizan una actividad económica o profesional tienen su relevancia y su sitio dentro del mercado, tienen unas características propias y diferenciadas de otras figuras reguladas por nuestro ordenamiento jurídico de las que se separa claramente pese a la insistencia en querer encajarlas en alguna de esas figuras por lo diferentes operadores jurídicos, pero no deberían ser anuladas o absorbidas por ellas porque tienen sus particularidades que las hacen diferentes y necesarias, de hecho tienen una larga historia y siguen siendo utilizadas como forma de asociación para realizar diferentes actividades, económicas o no.

CAPÍTULO PRIMERO. COMUNIDAD COMO COPROPIEDAD

I.1.-INTRODUCCIÓN

Lo normal es que un derecho subjetivo pertenezca a un solo titular pero puede corresponder a varias personas en comunidad como cotitulares o copropietarios.

La figura de la CB ha sido considerada en diferentes etapas históricas con similares funciones y diferentes denominaciones previas a nuestro Cc³¹. En el Derecho Romano arcaico existía como forma jurídica de cotitularidad del derecho de propiedad un “consortium ercto non cito”. En el derecho clásico la CB como titularidad del derecho de propiedad pertenecía en su integridad a los condueños pero cada uno de éstos tenía el derecho de propiedad sobre toda la cosa con el límite del derecho del otro. El jurisconsulto Ulpiano mantenía la teoría de que la fuente de la sociedad es siempre el contrato mientras que la comunión surgía de un hecho fortuito o accidental, que venía a ser un cuasicontrato de gestión común de negocios. En la época justiniana se entendía como propiedad dividida por cuotas en que cada uno de los condóminos es considerado como futuro propietario de la “pars” que resulte con la división. En la época medieval, se recoge la figura denominada “condominium iuris germanici” derivada de la comunidad familiar propia del derecho germánico.

En general, todos los Códigos regulan la comunidad como una forma de propiedad u otro derecho real poseído en común por varias personas. La legislación

³¹ José Antonio Mora Alarcón. “Sociedad civil Comunidades de Bienes”. Tirant lo Blanch. 1998. Pág.107-109

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

napoleónica y el Código italiano de 1865 influyeron en la configuración de la comunidad en nuestro Cc, que, aunque con particularidades, se ocupó de la CB como un tipo de condominio romano.

El Código Civil no prevé modos específicos de constituirse la comunidad y Martín Morón³² determina dos tipos de constitución de una comunidad de bienes, la comunidad de origen legal y la comunidad de origen convencional o voluntaria. Podemos deducir dos fuentes de nacimiento de la CB, la voluntad bilateral o unilateral y la ley, a lo que podremos añadir la costumbre. La comunidad de bienes puede ser convencional o negocial cuando surge consecuencia de un negocio jurídico y se constituye por acuerdo entre varios sujetos para poner en común alguna cosa o derecho, o comunidad de bienes ex lege cuando viene impuesta por el legislador.³³

La comunidad de origen convencional o voluntaria tiene su causa en la voluntad de los comuneros, que como dice De Verda y Beamonte³⁴ puede ser expresa o tácita, deduciéndose esta última de hechos concluyentes, aunque el bien no aparezca a nombre de todos los comuneros. La comunidad de origen legal es la impuesta por la ley cuando se da un determinado supuesto de hecho, como señala por ejemplo, el artículo 381 del Cc “*si por voluntad de sus dueños se mezclan dos cosas de igual o diferente especie, o si la mezcla se verifica por casualidad, y no son separables sin detrimento, cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda atendiendo el valor de las cosas mezcladas o confundidas*” (ej. la obra literaria, musical o artística que es realizada en colaboración con varias personas o el llamamiento conjunto a una herencia).³⁵

La comunidad es una forma de copropiedad en donde los comuneros se limitan a la mera conservación, disfrute o utilización del objeto o patrimonio común

³² M. T. Martín Morón: “Concepto de comunidad”, en Reyes López (coordinador) La comunidad de bienes. Titant lo Blanc Tratados, Valencia, 2014, pág.52.

³³ Sentencia de 11 febrero 2003 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª): en el supuesto de autos, los abogados adjudicatarios del contrato se agrupan en una comunidad de bienes incidental, no legal que, como contrato consensual, se constituye desde el momento en que existe un acuerdo expreso en tal sentido para poner en común la prestación de sus servicios jurídicos, de forma que lo que adquirirían era un simple derecho a participar en el procedimiento de licitación en orden a hacer suya la adjudicación del concurso, o lo que es igual, se integran así en una comunidad de bienes de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

³⁴ J.R. de Verda y Beamonte: “La comunidad de bienes”, en AAVV. *Derecho Civil III*. 2012, pág. 154

³⁵ L. Díez-Picazo y Ponce de León: “Fundamentos del Derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

y si la cosa es productiva puede dar beneficios o frutos, que se reparten en proporción a la cuota asignada³⁶.

En la comunidad, tal como se contempla en la ley, se trata de mantener íntegra una cosa para su conservación, mantenimiento y simple aprovechamiento plural. Tiene carácter estático y lo que se aporta es per se lo más importante. Las comunidades de bienes suponen la existencia de una propiedad en común y proindivisa, perteneciente a varias personas y el art. 392 Cc no menciona finalidad alguna al definir la copropiedad.

La comunidad de bienes permite que dos personas, sin constituir una nueva personalidad jurídica, tengan sin dividir la cosa, de que sean copropietarias en partes abstractas. En la comunidad no hay personalidad sino cotitularidad.

I.2.-CONCEPTO

El artículo 392 determina que *“hay comunidad de bienes cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas”*. A los titulares les pertenece el objeto *“pro indiviso”* sin división material que permita delimitar la extensión y la intensidad del poder y se habla de bienes indivisos o indivisión cuando se alude a la comunidad. El derecho de cada partícipe es cualitativamente igual al otro y todos son, a la vez, propietarios, titulares del derecho pero también pueden pertenecerles en proporción distinta.

El artículo 392 del Código civil se refiere tanto a la propiedad como a otros derechos. Se puedan tener en comunidad no sólo bienes y derechos reales, sino también créditos³⁷. A la vista de este precepto se puede decir que la comunidad de bienes no se circunscribe única y exclusivamente al derecho de propiedad de bienes materiales o lo que se denomina copropiedad o condominio, sino que también se hace extensible a la copropiedad de cualquier otro derecho, como determina Vázquez Barros³⁸. Al recaer sobre toda clase de derechos ha permitido hacer extensible la aplicación del régimen jurídico de la comunidad de bienes del Código civil a cuestiones relacionadas con cualquier tipo de cotitularidad³⁹. El Cc se refiere

³⁶ Donderis Tatay: “La copropiedad. Teorías. Derecho español”. 1933.

³⁷ STS 6734/1998 de 14 de noviembre, Sala de lo Civil (f. j. 2º).

J. Roca Juan: “La renuncia liberatoria del comunero”, pp. 109 y 110.

J. A Torres Lana: “La multipropiedad” Ed. Iustel, Madrid, 2007.

García Granero: “Cotitularidad y comunidad” 1946.

³⁸ Servio Vázquez Barros: “La comunidad de bienes en el Código Civil”. 2005, pág. 17.

³⁹ STS de 14 de abril de 1989 (f. j. 3º).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

en sus preceptos a la comunidad constituida sobre el derecho de posesión (art. 445), sobre el usufructo (arts. 469 y 521) o sobre las servidumbres (art. 531).⁴⁰

Beltrán de Heredia⁴¹ define la comunidad en sentido amplio como “toda relación jurídica o conjunto de relaciones en las que aparezcan, como sujetos, varias personas conjuntamente” y en este sentido genérico, se equipara a la cotitularidad. “El ámbito de aplicación de la comunidad es amplísimo y no hay razón alguna para limitarla al campo de los derechos reales, sino que es de aplicación en toda clase de derechos subjetivos, como ha sostenido la doctrina alemana”.

Pero en una acepción más estricta o técnica, la comunidad hace referencia a bienes indivisos que pertenecen a sus titulares pro indiviso, a un objeto que pertenece a una pluralidad de sujetos sin división material. En esta acepción hay que referirse únicamente a derechos reales, porque son los únicos derechos subjetivos de carácter absoluto, exclusivo, susceptibles de ser tenidos en común.

Miquel Gonzalez⁴² y Vázquez Barros⁴³ consideran que el artículo 392 del Código Civil acoge sólo una especie de comunidad de bienes, como es la copropiedad, porque el legislador emplea la expresión “propiedad de una cosa o de un derecho” para definir el supuesto hecho y se trata de un efecto legal automático que deriva de la cotitularidad. Para la válida constitución de la comunidad, según Vázquez Barros, se necesita una pluralidad de sujetos, unidad en el objeto y una atribución de las cuotas.

Puig Peña⁴⁴ define la copropiedad o condominio como aquella forma de comunidad por cuya virtud la propiedad de una cosa corporal pertenece a una pluralidad de personas por cuotas-partes cualitativamente iguales.

La CB tiene una serie de características entre las que se destacan⁴⁵:

1) *Pluralidad de sujetos* frente a la unidad del objeto. Esta cotitularidad atribuye al comunero una participación *pro cuota* que tiene la misma naturaleza que

⁴⁰ José Beltrán de Heredia: “La Comunidad de Bienes en el Derecho español”. pp. 25 y 29.

⁴¹ J. Beltrán de Heredia y Castaño: “La comunidad de bienes en el Derecho español”.pág.20.

⁴² J.M. Miquel González: “Comentario al artículo 392 del Código Civil” en Código Civil y Compilaciones Forales, dir. Por M. Albadalejo. 1985, pág. 5 y 6. 40.

⁴³ S. Vázquez Barros:” La comunidad de bienes en el Código Civil” pág.48.

⁴⁴ Puig Peña: “Tratado de Derecho Civil” 1954.

⁴⁵ M^a T Martín Morón: “Concepto de comunidad”, en Reyes López, M^a. (Coord), La comunidad de bienes. Titant lo Blanc Tratados. 2014. pág.39.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

el derecho común. Pero no siempre que haya pluralidad de personas habrá comunidad.

No se entendería una comunidad si no existe una pluralidad de sujetos a los que la ley llama “*partícipes*”, “*condueños*”, “*copropietarios*” o “*comuneros*”, titulares de los derechos en comunidad. Estos sujetos que forman parte de la comunidad no sólo pueden ser personas físicas sino también jurídicas e incluso otras comunidades o patrimonios separados.⁴⁶

En cuanto a la *unidad del objeto*, la comunidad no se encuentra dividida en partes materiales que corresponda a cada uno de los comuneros. La cosa común está dividida en partes ideales (cuotas) que constituyen el objeto del derecho de cada condueño (art. 392 Cc).

2) *Asignación a cada comunero de una cuota o parte alícuota sobre la cosa o el derecho*. Esta cuota, cuantifica la participación de los comuneros en el contenido de las facultades y deberes que les corresponden; es la medida del valor del voto de los comuneros y de la parte que les corresponde cuando se produce la división de la cosa.

La relación entre el copartícipe y la cosa común es la cuota que sirve para determinar la porción material atribuible a cada cotitular tras la correspondiente división⁴⁷ ya que la cuota de participación que cada comunero ostenta tiene un carácter ideal y no se materializa en una parte concreta de la cosa común hasta el momento en que tenga lugar su posible extinción. La cuota que se expresa en tantos por ciento, o en fracciones tiene carácter ideal, y no material. Si no se determinase qué cuota se le asigna a cada persona, se repartirá a partes iguales (presunción de igualdad de cuota). La cuota implica que no hay división material, sino división ideal y cuando se dice que un propietario le corresponde una cuota de un 25 % en la propiedad de una finca, no estamos indicando que tengan $\frac{1}{4}$ de propiedad física de dicha finca, sino que le corresponde un 25% de toda la finca globalmente considerada y no será menos propietario que uno que tenga un 50%. Ambos son titulares de la finca, pero en cuanto a la administración o decisión y disfrute de la cosa común o para adjudicar las partes resultantes de la división, serán distintos.

⁴⁶ Así se admite en la STS de 1989 que estableció que “existiendo CB entre la sociedad recurrente y la demandada hay que reconocer que la primera se encuentra legitimada para actuar en beneficio de la comunidad compartida”.

⁴⁷ “No hay precepto legal alguno en la regulación de la comunidad de bienes que permita a la autoridad judicial la alteración de las cuotas de los copartícipes (...)” [STS 9 de octubre de 2002 (f. j. 3º)].

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Como indica Martínez de Aguirre Aldaz,⁴⁸ el concepto de cuota es un concepto básico en el régimen legal de la comunidad de bienes. El Código Civil recurre a “la cuota” para determinar la participación de cada comunero en los beneficios, cargas y gastos de la comunidad (artículo 393), para establecer el sistema de toma de decisiones (artículo 398), o para organizar las consecuencias de la división de la cosa común (artículo 404). El artículo 392 del Código Civil determina que las cuotas se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario.

Todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común conforme a su cuota de participación en la comunidad, salvo pacto en contrario de todos los comuneros; es decir, salvo que los comuneros hayan pactado una cuota en materia de obligaciones y frutos distinta de la porción atribuible al sujeto partícipe en el derecho común y “sólo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio” (art. 395 Cc).

La cuota es un elemento sustancial en la comunidad de bienes del Código civil al actuar como representación aritmética del derecho atribuido a cada comunero⁴⁹. El concepto de cuota como razón o medida en cuya virtud se limitan y armonizan recíprocamente las posiciones de los cotitulares.

3) *El comunero podrá salir en cualquier momento del estado de indivisión* pues la regulación tiende a facilitar la extinción mediante la atribución de la acción de división. “La transformación del derecho por cuota de condominio en propiedades privadas e individualizadas viene a ser la regla normal que se ha de procurar ya que encuentra aval firme no sólo en razones estrictamente jurídicas sino también económicas e incluso sociales para posibilitar convivencias más armónicas”⁵⁰.

4) La CB *carece de personalidad jurídica*, no pudiendo ser titular de derechos y obligaciones ni demandar ni ser demandada por sí sola y tan sólo las personas físicas que la componen tienen legitimidad para reclamar.

⁴⁸ C. Martínez de Aguirre Aldaz: “La comunidad de bienes” en Curso de derecho civil. Vol. 3. Derechos reales. pág. 179.

⁴⁹ STS de 28 de mayo de 1986 (f. j. 4º).

⁵⁰ STS de 19 de octubre de 1992 (f. j. 3º).

I.3- NATURALEZA JURÍDICA.

La CB permite que dos personas, sin constituir una nueva personalidad jurídica, tengan sin dividir la cosa, de que sean copropietarias en partes abstractas. Dos elementos, la unidad de la cosa y la pluralidad de sujetos.⁵¹

Según la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia, la regulación de la comunidad de bienes del Código Civil sigue el tipo de comunidad romana que considera dividida la propiedad en cuotas, pero no acoge con claridad una concreta teoría que explique tal situación. Se trata de una situación en la que concurren diversidad de derechos y titularidades pero no existen tantos derechos como personas formen la comunidad, pues las facultades que se derivan de la comunidad pueden ser individuales o conjuntas, como la administración y mejor disfrute de la cosa común (art. 398), y sobre todo cuando se plantea la posibilidad de disponer de la cosa en su conjunto (art. 397).⁵²

Al haber una concurrencia de facultades y derechos diferentes sobre la misma cosa, se genera una situación particular en la que cada comunero tiene en su poder un derecho igual al derecho de propiedad exclusivo, pero en su ejercicio se halla limitado por la existencia de derechos iguales al suyo que pertenecen a los demás comuneros.

Para explicar la comunidad se ha acudido a la teoría de la interinidad porque no hay un verdadero derecho de propiedad, sino que éste, al estar condicionado por la pluralidad de sujetos, origina una situación especial e interina que hace decaer el propio derecho.

Las principales corrientes doctrinales que tratan de compatibilizar el carácter exclusivo del derecho subjetivo ordinario con su atribución a varios titulares pueden agruparse en tres grandes categorías, la atomista, la unitaria y la negativa de la CB 53.

La teoría atomista, de influencia romana, se subdivide en 2 teorías, la teoría del Derecho Real Fraccionado, en donde éste se divide a su vez en tantos derechos de igual naturaleza, limitados por el recíproco concurso de los partícipes y la teoría

⁵¹ Alberto Trabucchi: "Instituciones de Derecho civil", traducción de Luis Martínez-Calcerrada. Madrid. 1967: el carácter exclusivo de la propiedad no está en contradicción con la posibilidad de un condominio de varios sujetos sobre la misma cosa, varias personas no pueden ser simultáneamente propietarias por entero de un mismo bien".

⁵²Moreno Quesada: "La naturaleza jurídica de la comunidad contractual". Homenaje al Profesor Miguel Motos Guirao.

⁵³ José Antonio Mora Alarcón: "Sociedad Civil y Comunidades de Bienes" 1998. Pág. 114-115.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

del Derecho de todos los partícipes al goce de la cosa en su integridad, limitado su ejercicio por el derecho de los demás.

La teoría unitaria, de influencia germánica, también se subdivide en 2 teorías, la teoría del Derecho del goce de la cosa por la colectividad, donde es necesaria la existencia de una organización de la comunidad y el vínculo de los partícipes a la voluntad de la mayoría y la teoría de la Comunidad como persona jurídica, donde todos son propietarios de todo, reconociendo a la colectividad carácter de persona jurídica o al menos de ente jurídico y los miembros titulares de un derecho de participación.

La teoría de negación de la comunidad considera la comunidad como una fase transitoria destinada a extinguirse con la división.

Otra clasificación es la que considera la CB como colectividad con personalidad frente a las posturas que la consideran como división ideal de la cosa o del derecho o coexistencia de derechos de propiedad⁵⁴. La consideración de la comunidad como una colectividad con personalidad jurídica no ha sido aceptada en nuestra doctrina ni jurisprudencia, aunque las leyes laborales y fiscales han contemplado a la comunidad como un sujeto de derechos y obligaciones⁵⁵, para nuestro Código civil la comunidad de bienes no es un ente diferenciado del conjunto de sujetos que la conforman. El titular del derecho es el “partícipe” (arts. 393 y 394 Cc), el “copropietario” (art. 395 Cc) o el “condueño” (arts. 397 y 399 Cc), que forman parte de la comunidad. Solamente el artículo 405 Cc utiliza el término “comunidad” como sujeto obligado frente a un tercero aunque no sirve para justificar un trato diferenciado a la comunidad, ya que la verdadera pretensión del legislador es la de precisar que, tras la división, las obligaciones pendientes vinculan al conjunto de sujetos que han estado unidos por una relación jurídica de comunidad, ahora extinguida y no la de reconocer una personalidad jurídica a esta última⁵⁶.

⁵⁴ Maria Rosario Martín Briceño: Tesis doctoral “la prohibición de dividir la herencia impuesta por el testador en el Código Civil”. Madrid 2007.

⁵⁵ Por ejemplo, el artículo 35. 4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, según el cual “Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las Leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado, susceptibles de imposición”.

⁵⁶ El artículo 405 C. c. dispone que “La división de una cosa común no perjudicará a tercero. Conservarán, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Martín Morón⁵⁷ señala tres grupos de teorías, un primer grupo parten de la *división de la cosa o el derecho*, un segundo grupo parten de la *indivisibilidad del derecho de propiedad* y de la cosa que forma su objeto y la cuota es la porción en la que se reparten las utilidades o cargas y un tercer grupo es la teoría de la *propiedad plúrima total*.

La teoría de la división ideal de la cosa o teoría de la propiedad plúrima parcial⁵⁸ explica la combinación de la unidad del objeto de la comunidad con la atribución de cuotas intelectuales a cada uno de sus miembros a través de la idea del concurso de varios derechos, autónomos e independientes entre sí, con varios titulares, donde cada derecho no se refiere a toda la cosa, sino a una parte de ella. Cada uno de los comuneros tendría una cuota ideal de la cosa y la suma de todas ellas constituiría la comunidad.

La teoría de la división ideal del derecho *recae* sobre el derecho y no sobre la cosa, dando lugar su recomposición al derecho íntegro sobre todo el objeto común. Con esta teoría se explicarían aquellos preceptos del Código civil que consagran los actos “pro parte” del comunero, como, por ejemplo, el artículo 393, párrafo 1º, Cc, conforme al cual “el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas”, o el artículo 399 del mismo cuerpo legal que prevé que “todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento. La cosa común es objeto de un derecho único de propiedad dividido por cuotas entre condueños, y la cuota es la fracción ideal del derecho de propiedad, por lo que el derecho se divide en tantos derechos parciales como comuneros haya. Lo que se divide es el derecho y no la cosa, teniendo cada comunero un derecho parcial sobre la cosa. Según esta teoría hay que poner el énfasis en el adjetivo “plena” y no el sustantivo “parte” y que el fin de la disposición legal es hacer hincapié en la existencia de una cuota del derecho de propiedad libre de cargas y gravámenes y no la idea del dominio sobre una parte de la cosa.

Esta teoría colisiona con aquellas disposiciones que permiten la actuación individual del comunero sobre el derecho común, como el artículo 394 Cc, que dice que “cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes” o del párrafo 1º del artículo 398 Cc que dispone que “para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes, motivo por el cual los actos de varios comuneros podrán repercutir sobre el derecho en su totalidad.

⁵⁷ M^a T Martín Morón: “Concepto de comunidad. La Comunidad de Bienes”. Pag. 41.

⁵⁸ J. M Manresa Navarro: “Comentarios al Código Civil español”. Reus. Madrid. 1918, pp. 411-417; H. Eichler “La idea de copropiedad”, ADC, 1961, pp. 915 y ss.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Las facultades de uso, disfrute y disposición no se dividen en tantas partes como comuneros haya sino que se comparten porque tienen su origen en un mismo derecho, que es el que actúa como causa de atribución, por lo que cada uno de los miembros de la comunidad tendrá cada una de estas facultades por entero siempre que no perjudique a los demás (art. 394 Cc). En tal caso su ejercicio requerirá de un proceso de coordinación entre todos los cotitulares para que aquéllas puedan ser ejercitadas.

La teoría de la propiedad plúrima total. ha sido defendida por Beltrán de Heredia y Castaño⁵⁹, que considera que “*en la copropiedad debe verse la concurrencia de varios derechos de propiedad sobre la cosa, de igual naturaleza en cuanto al contenido, pero de distinta intensidad en cuanto al poder, ya que el objeto del derecho no es la cosa en su materialidad, sino en cuanto a las utilidades que proporciona a su titular, de modo que “el derecho de propiedad no está dividido en partes materiales o ideales, sino que cada copropietario tiene un derecho de propiedad pleno, en cuanto a extensión pero limitado en su ejercicio en cuanto a intensidad del derecho de dominio exclusivo*”⁶⁰. por la concurrencia de los demás, de manera que a cada titular le pertenecen todas las utilidades de la cosa, aunque el ejercicio del derecho venga constreñido cuantitativamente por la coexistencia de otros tantos derechos iguales”⁶¹. Se basa en los artículos 394 y 395 Cc⁶² de donde se infiere la idea de que cada comunero tiene un derecho sobre la totalidad de la cosa, aunque sin violar el principio “*duorum vel plurium, in solidum dominium, esse non potest*”.

Esta tesis no defiende el llamado dominio solidario, porque la propiedad de un comunero no es igual a la de otro con un poder idéntico e ilimitado sobre la misma cosa.

La Cruz ha señalado que la participación en una propiedad de varios no es un trozo ideal del derecho de dominio o de la cosa sobre la que ésta recae, sino expresión de un derecho distinto que puede alcanzar las cotas de la propiedad

⁵⁹ J. Beltrán de Heredia y Castaño. “La comunidad de bienes en el Derecho español”, pág.171.

⁶⁰ Beltrán de Heredia y Castaño. “La comunidad de bienes en el Derecho español”.

⁶¹ Según la STS de 28 de mayo de 1986 (f. j. 4º),

⁶² Dice el artículo 394 Cc. que “cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho”. Por su parte, según el artículo 395 C c., “todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común. ...”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

individual, pero cuyo carácter absoluto está condicionado y modalizado por la concurrencia de otros titulares”.⁶³

Para Díez Picazo⁶⁴ “la concurrencia de varios derechos plenos e iguales origina la necesidad de una determinada organización en orden al ejercicio de las facultades que constituyen el contenido de cada uno de estos derechos, porque, en realidad la comunidad entraña una relación asociativa entre los comuneros, por lo que hay facultades que se ejercitan individualmente y facultades que se ejercitan de manera colectiva”.

En cambio Miquel Gonzalez⁶⁵ señala que frente a la teoría determinada por Díez Picazo “no puede decirse que el derecho de cada copropietario sea igual al de un propietario pleno cualitativamente, porque la facultad de administrar queda sometida al régimen de la mayoría, lo que significa que la magnitud del derecho de cada uno repercute en el contenido cualitativo de su derecho”.

La concurrencia de varios titulares repercutirá de modo directo sobre la actuación individual del comunero, que quedará sometida a las reglas de la mayoría y unanimidad previstas en el Código civil; unas reglas que servirán para ordenar el funcionamiento de la comunidad, el uso y disfrute particular sobre la totalidad de la cosa siempre que no se impida a los demás utilizarla “según su derecho” (art. 394 Cc). No existen tantas facultades de disposición como comuneros haya, sino una única facultad de disposición que confiere poderes sobre la totalidad o sobre una parte del derecho, distintos modos de usar una única facultad de disposición.

Ninguna de las teorías expuestas se ajusta plenamente a lo dispuesto por nuestro Ordenamiento Jurídico, aunque la teoría plúrima total es la que mejor se adapta con matizaciones. El TS da una explicación de la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes como una propiedad plúrima total (a partir de la concepción romana). Los comuneros tienen derecho de propiedad pleno, pero limitada por la existencia de iguales derechos de los demás. Son derechos de propiedad cualitativamente iguales y cuantitativamente limitados, que se atribuyen a cada copropietario. La copropiedad es una variante accidental del dominio, en que cada propietario es de cuotas abstractas o ideales de la cosa sin corresponder una parte material, concreta y determinada.⁶⁶

⁶³ J. L. Lacruz Berdejo: “Elementos de derecho civil” 2013.

⁶⁴ Díez-Picazo y Gullón: “Fundamentos del Derecho civil patrimonial, III. Las relaciones jurídico Reales. El Registro de la Propiedad. La posesión” 2009.

⁶⁵ Miquel Gonzalez: “Comentario al artículo 392 del Código Civil”, en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, T. V, Vol. 2, Madrid 1985, pág.9.

⁶⁶ Sentencia de 1 de febrero de 1947.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

En conclusión, de todas las teorías sobre la naturaleza jurídica del condominio (división ideal o intelectual de la cosa, división ideal del derecho, división ideal del valor de la cosa, de la personalidad jurídica de la copropiedad o la negación de la copropiedad como verdadero derecho de propiedad) la que mejor se adapta a nuestro derecho es la que considera la cosa dividida en partes ideales pues si la cosa estuviera dividida materialmente surgirían tantos derechos de propiedad exclusivos como partes hubiera.

I.4.- CONTENIDO

La situación de comunidad crea entre los comuneros una serie de relaciones jurídicas, en virtud de las cuales se distribuyen entre ellos los derechos y las obligaciones.

I.4.A.- El derecho de cada comunero sobre su parte o cuota.

*“Los partícipes son propietarios de toda la cosa, al mismo tiempo que de una parte abstracta de ella”*⁶⁷. Se reconoce la existencia de un derecho individual y, por consiguiente, una serie de facultades que pueden ser ejercitadas en forma aislada por los comuneros. A partir del derecho individual sobre la cuota, pueden constituirse derechos de carácter derivado.

El artículo 399 del Código Civil dice que *“todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aún sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales”*⁶⁸. En este sentido el Tribunal Supremo⁶⁹ afirmó que *“Una vez obtenidos los frutos ha de procederse a su reparto entre todos los comuneros, reconociendo al comunero que no los hubiera percibido una acción personal para reclamarlos de los demás no sujeta a término prescriptivo especial”*.

Por similitud con lo que ocurre en la propiedad plena, se puede hablar de un gravamen de la cuota o constitución de derechos reales limitados sobre la porción del comunero. Así, el artículo 490 del Código Civil admite plenamente el usufructo de parte de una cosa poseída en común, *“el usufructuario de parte de una cosa poseída en común, ejercerá todos los derechos que correspondan al propietario de ella referentes a la administración y a la percepción de frutos o intereses. Si cesare la comunidad de bienes por dividirse la cosa poseída en común, corresponderá al*

⁶⁷ STS 4 febrero 1957 (RAJ 1957,381).

⁶⁸ Esta referencia a derechos personales puede entenderse a derechos personalísimos, según la jurisprudencia.

⁶⁹ STS 23 junio 1992 (RAJ 1992,1659778).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

usufructuario el usufructo de la parte que se adjudicare al propietario o condueño”.

El comunero puede enajenar la cuota, transmitir el derecho que ostenta dentro de la comunidad y su posición jurídica en ella, tanto a título oneroso como gratuito. Por tanto, se admite que el comunero pueda disponer de su cuota libremente y sin necesidad de que concurra el consentimiento de los demás copartícipes. No obstante, ante la posible transmisión de la cuota a un extraño existe un derecho de tanteo y retracto de comuneros⁷⁰. Este retracto de comuneros puede ser ejercitado por cualquiera de ellos, pero si son dos o más los que quieren usarlo pueden hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común. En caso de venta o donación de su cuota por uno de los comuneros, el adquirente adquiere la cuota ideal del transmitente, pasando a convertirse en comunero.

Al lado de esta plena enajenación está la sustitución de otra persona en el aprovechamiento, que parece ser una cesión limitada, en la cual el cesionario no ingresa en el grupo y simplemente recibe el derecho sobre los beneficios y la facultad de exigir que se le transfiera lo que al cedente se le adjudique en la división al terminar la comunidad. Permite incluso al comunero ser sustituido por otro en su aprovechamiento salvo si se tratare de derechos personales. Se ha de interpretar como una cesión de los “frutos y utilidades “de la cosa que corresponden a cada copartícipe, sin que el cedente pierda por ello su cualidad de comunero (art. 490 Cc). Los frutos y utilidades de la cosa pertenecerán al sustituto y el cedente soportará los gastos necesarios para producirlos en la parte que le corresponda como titular del derecho que es, aunque después lo pueda repercutir sobre el cesionario, si así lo acordaron. Los demás copartícipes nada podrán reclamar al cesionario, por no ser éste parte de la comunidad.

La cuota puede ser objeto de gravamen mediante la constitución de una hipoteca (artículo 399 del Código Civil) o de una servidumbre (artículo 597 del Código Civil), puede ser objeto de embargo y, en su caso, posterior ejecución.

Permite que el copropietario o condueño pueda hipotecar su derecho, confiriendo al acreedor un derecho de realización del valor de la cuota en garantía de su crédito. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. *“La concesión hecha por uno de los copropietarios (de la servidumbre) separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido”.*

⁷⁰ Un derecho que la STS de 7 julio 1995 (f. j. 3º) califica como “derecho de adquisición preferente concedido por ministerio de la ley, con naturaleza de derecho real”. También se pronuncian en el mismo sentido la STS de 3 de marzo de 1995 (f. j. 3º).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

¿Se puede pactar modificación en la asignación de las cuotas? Sí es posible pero requiere pacto de los comuneros y adoptarse por mayoría si el pacto es relativo a los frutos, constituyendo un usufructo. Si ese pacto es duradero estaríamos realmente ante un acto de disposición y requeriría unanimidad de los comuneros.

I.4.B.- La utilización de las cosas comunes.

El artículo 394 del Código Civil establece que *“cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según derecho”*. No se puede destruir o menoscabar la cosa.

Como poseedores de la cosa, los comuneros se encuentran protegidos por las acciones posesorias. Las acciones pueden también ejercitarlas los comuneros entre sí, cuando uno de ellos comience a poseer la cosa no para la comunidad sino para sí mismo, a título de dueño exclusivo, sin perjuicio de poderse ejercitar la acción reivindicatoria contra él.

Este precepto tiene un carácter dispositivo debiendo tenerse en consideración en primer lugar los acuerdos a los que hayan llegado los comuneros en relación con el modo de uso de cada uno de la cosa común. Estos pactos se podrán acordar por mayoría, siempre que no sea de carácter permanente o modifiquen los derechos de uso de los demás comuneros, en cuyo caso sería precisa la unanimidad.

Existe una facultad individual de uso que presenta tres límites:

a) La obligación de no usar la cosa común de forma inadecuada o incoherente con su destino económico por naturaleza o por acuerdo de los comuneros.

b) Disponer de la cosa común de manera que no perjudique el interés de la comunidad.

c) El uso de cada comunero sobre la cosa común no puede ser exclusivo, impidiendo su utilización a los demás comuneros. Si uno de los comuneros pretendiera monopolizar el uso de la cosa común los demás comuneros podrán ejercitar las acciones posesorias, reivindicatoria o solicitar el desahucio.

El uso de la cosa común, no tiene que hacerse por partes, sino en su totalidad, por uno de los comuneros en la medida que ninguno se oponga a ello. Hay que entender que es un uso solidario e indistinto de la cuota que se tiene sobre la cosa. Hasta el comunero con la cuota más reducida, podrá usar la propiedad en cualquier momento y en su totalidad mientras los demás no se opongan. No obstante, puede que los comuneros usen la cosa en función de su cuota si hay problemas.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Al tener cada comunero un derecho al uso de la cosa común pueden generarse roces e incompatibilidades. Se ha de estar entonces a lo acordado sobre la materia por los propios comuneros y, en su defecto, cabrá la aplicación del artículo 398, que da preponderancia al acuerdo de la mayoría acerca de la administración y mejor disfrute de la cosa común. Por otra parte, el interés de la comunidad prima sobre el particular del comunero usuario.

I.4.C.- La gestión de la cosa común

El principio básico es el de la aplicación preferente o primordial de los pactos o acuerdos establecidos en el estatuto de la comunidad. El estatuto de la comunidad puede ordenar una administración conjunta o una administración unipersonal, así como las mayorías necesarias para que adopten sus acuerdos. Cabe que el administrador único sea uno de los comuneros o una persona extraña a la comunidad, en uno u otro caso cabe aplicar como supletorias las normas relativas al contrato de mandato.

La actuación de un comunero sobre la cosa común está sometida al régimen de unanimidad o mayoría establecido en los artículos 397 y 398 Cc. El artículo 397 determina que *“Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ella pudieran resultar ventajas para todos”* y continúa el artículo 398 *“Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos por mayoría de los partícipes”*.

Como regla general se establece en el artículo 398 el principio de las mayorías para la administración y mejor disfrute de la cosa común (la mayoría no de personas, sino de intereses en la comunidad), mayoría siempre entendida en cuanto a las cuotas y no respecto a las personas. El Código dice que *“no habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad”*. No se necesita una reunión ad hoc ni se exige una forma determinada para la toma de los acuerdos aunque para que vincule deberá notificarse el acuerdo a los comuneros.

En materia de administración de la cosa común, el Código establece además un subsidiario recurso a la autoridad judicial, que se puede articular cuando no se haya llegado a obtener la mayoría suficiente para adoptar el acuerdo o cuando éste sea gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un Administrador. Esta regla debe considerarse imperativa, como protectora del interés común o del disidente.

“La doctrina legal, que faculta a un solo condueño para actuar, sin acuerdo o autorización de los demás, en beneficio de la comunidad, es excepcional y como tal

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

ha de ser aplicada en sentido restrictivo”⁷¹. También hay una jurisprudencia que establece que los efectos de la sentencia favorable alcanzará a todos los demás comuneros a los que no perjudicará la desfavorable⁷².

I.4.C.a.-Los actos de administración y disfrute de la cosa común

Son los relativos a la gestión ordinaria encaminada al aprovechamiento y conservación de la cosa y que la afectan de modo transitorio para los que *serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes*, según el artículo 398 del Código Civil.

¿Es el artículo 398 un precepto imperativo? Según su texto parece que sí, pero no hay que olvidar que el artículo 392 declara supletorias las disposiciones legales sobre la comunidad de bienes. Por ello debe estimarse imperativo el principio democrático de la mayoría, pero cabrá pactar sobre una formación de mayoría distinta de la de intereses.

Se consideran gastos de conservación, aquellos que tienen que ver con la reparación y mantenimiento o eviten su deterioro, los dirigidos a prevenir o evitar los daños inminentes, los gastos judiciales realizados por un comunero en defensa de la cosa común cuando la sentencia sea favorable, los realizados para el levantamiento de cargas o gravámenes que pesen sobre la cosa común.

Los gastos necesarios caen de lleno en la órbita de los actos de administración y exigen para su realización el correspondiente acuerdo, pues ningún comunero puede entenderse facultado para realizarlos según su interés o conveniencia y reclamar de los demás la parte que les corresponde según su cuota. Ello sólo deberá permitirse cuando se esté ante situaciones de urgencia o necesidad de efectuar tales gastos.

El artículo 395 del Código Civil sienta el principio de que todo comunero tiene derecho para obligar a los demás partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común que sólo podrán eximirse de esta obligación si renuncian a la parte que le pertenece en el dominio. Es una renuncia unilateral, que no necesita el consentimiento de los demás comuneros ni hacerse expresamente en su favor, pues sería una cesión de aquella parte. La renuncia liberatoria se puede realizar en cualquier momento y produce un acrecentamiento en el resto de cuotas, los cuales tendrán que aportar esos gastos de conservación en función de la nueva cuota. Es un acto dispositivo pero que no requiere escritura pública de donación a favor de los demás comuneros. Renuncia no como un acto de

⁷¹ STS de 8-4-1965.

⁷² STS de 10-04-2003, de 18-11-2000 y de 7-12-1999, entre otras.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

liberalidad sino por imposibilidad de hacer frente al pago de los gastos de conservación. Solo afectará a los gastos de conservación este tipo de renuncia.

Respecto del destino de la cuota renunciada, la doctrina rechaza que venga a ser res nullius. En cualquier caso, los comuneros son los únicos beneficiados por la renuncia, aunque a cambio, por haber crecido su cuota, tengan que hacer frente a mayores desembolsos por los gastos de conservación, incluidos los que debió satisfacer el renunciante.

Si el gasto de conservación ya se ha devengado, hay quien considera que no se puede renunciar (ejemplo un comunero ha realizado gastos de conservación y a los 10 años uno de los comuneros que no ha pagado quiere renunciar). El TS ha negado esta posibilidad, ya que en su patrimonio ha nacido la deuda. Por tanto, la renuncia se deberá hacer en cuanto se comunique la decisión de hacer los gastos de conservación.

Los gastos útiles o mejoras que no son precisos para la conservación del bien común, podrán ser acordados por los comuneros según la mayoría de las cuotas, siempre que se justifiquen en la administración y mejor disfrute de la cosa común.

I.4.C.b.-Los actos de alteración

Son aquellos que afectan a la cosa permanentemente y alteran su sustancia o forma esencial, entre los que se encuentran los de disposición de la cosa que representan la enajenación total o parcial, la imposición de un gravamen o la alteración de su sustancia material para los que se exige, según el artículo 397 del Código Civil, unanimidad de los comuneros pues *“ninguno de los conductores podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ella pudieran resultar ventajas para todos”*.

Los comuneros pueden enajenar la totalidad de la cosa común a una tercera persona. La enajenación de la totalidad del derecho constituye una alteración del régimen de la comunidad, por lo cual es aplicable el criterio de la unanimidad establecido en el art. 397. Para establecer un gravamen sobre la cosa común, es necesario el consentimiento de todos los comuneros, pues también el gravamen constituye una alteración del régimen de la cosa común. En materia de imposición de servidumbres, el art. 597 aplica el mismo criterio.

La jurisprudencia entiende que se incluyen tanto las alteraciones físicas como los actos de disposición (hipoteca, usufructo, etc.) sobre la cosa misma. Para cualquier acto de disposición se requiere unanimidad, ya sean actos de enajenación o de imposición de gravámenes. No es necesaria una forma concreta para esa unanimidad, sino que basta que se dé la unanimidad y se requiere solo la comunicación al resto de comuneros que podrán, si lo desean, impugnar el acuerdo.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Puede pensarse que cualquier clase de mejora implica una alteración pero deben ser modificaciones de cierta entidad y con ánimo de permanencia, para lo que se exige unanimidad, pues pequeños arreglos no necesitan unanimidad. Cuando se tratan de mejoras de lujo al tratarse de un acto que excede de los actos de administración sería preciso el acuerdo unánime de los comuneros, según expresa el artículo 397 Código Civil.

I.4.C.c.- Defensa judicial del derecho de los condueños contra los ataques que pueda sufrir

Nuestro C.c. no establece ninguna norma en orden al ejercicio judicial del derecho común frente a los posibles ataques o violaciones de terceras personas, o en general para defenderlo.

En principio, para el ejercicio de la acción deben concurrir todos los comuneros. Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, siempre que lo haga en beneficio e interés de todos.

La comunidad de bienes propiamente dicha carece de personalidad jurídica y de capacidad procesal, razón por la que hay litisconsorcio pasivo necesario, o sea, deben ser demandados todos sus integrantes cuando ha de reclamárseles algo⁷³, porque (art. 1259 del Cc) ningún condómino tiene per se legitimación pasiva suficiente para representar a los demás y actuar en su nombre en el proceso. Un comunero puede hacerlo en interés propio, pero se estaría irrogando en la posición de propietario y los efectos son que si el resultado es beneficioso, afectaría a todos los comuneros y si el resultado es perjudicial, solo afectaría al sujeto que interpuso la demanda.

No obstante el TS puntualiza que si alguno de los partícipes se opone a tal actuación, no puede considerársele legitimado para actuar, porque hay sobre la materia criterios dispares y hasta que estas diferencias no desaparezcan no puede conocerse con certeza cuál sea el criterio más beneficioso para la comunidad.

El litisconsorcio pasivo necesario, para demandar a todos los componentes, supone que puede haber una deuda partible (art. 1138 del Cc), luego implícitamente rechaza la idea de solidaridad pues la solidaridad, según reiterada jurisprudencia, excluye toda posibilidad de apreciar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo

⁷³ STS de 17/11/1977 y 28/7/1999, entre otras.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

necesario (STS de 7-02-1994). Por excepción (art. 1084 del Cc) los coherederos sí responden personalmente de las deudas de la herencia y, por ende, del causante.⁷⁴

I.5.- PRINCIPIOS JURÍDICOS.

Díez-Picazo y Gullón a quién sigue la mayoría de la doctrina, señala como principios rectores de la comunidad de bienes en nuestro Derecho los siguientes⁷⁵:

I.5.A.- Principio de autonomía privada.

La mayoría de las normas del Código Civil en la materia son derecho dispositivo. Los contratos, acuerdos o convenios entre los comuneros constituyen la ley fundamental de organización y disciplina de la comunidad y el estatuto por el que éstas se regulan primordialmente. Es la voluntad de los comuneros la que, fundamentalmente, determina el funcionamiento de la comunidad. Según el artículo 392.2 del Código Civil, lo acordado por las partes respecto a su comunidad es ley absoluta que prevalece sobre la norma jurídica. La STS 24 de octubre 1983⁷⁶ afirma que “*la situación de comunidad puede tener un origen convencional, hipótesis en la cual las normas legales operarán como supletorias de la voluntad de las partes*”. Señala Martínez de Aguirre Aldaz⁷⁷ que “serán de aplicación preferente las normas reguladoras de dicho régimen y las reglas de autonomía privada desempeñarán el papel fijado en esa misma normativa especial” y sólo a falta de reglas voluntarias se aplicarán los preceptos del Código Civil.

I.5.B.- Principio de proporcionalidad.

El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a la respectiva cuota que adquiere cada comunero, que “*se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario*” (Art 393 Código Civil), aunque en el caso que no se asignen las cuotas, de determinados hechos podrá deducirse la cuota que le corresponde a cada comunero. El principio de proporcionalidad respecto a la cuota en relación con la percepción de frutos y rentas

⁷⁴ Juan Arpio Santacruz: “El régimen de la sociedad sin personalidad jurídica y su relación con el de la comunidad de bienes”. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.1/2017 parte Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017.

⁷⁵ Luis Díez Picazo, Antonio Gullón. Sistema de derecho civil: volumen III (tomo 1) derechos reales en general. 2012.

⁷⁶ STS 24 de octubre 1983 (RAJ 1983, 5340).

⁷⁷ Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.: “Curso de derecho civil (III) Derechos reales”. Editorial Constitución y Leyes (Colex) S.A. 4ª ed. 2014. pág. 48.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

que marcan los artículos 393 y 399 del Código Civil tiene carácter dispositivo y puede ser desplazado por pacto en contrario.

*“Los copartícipes tienen que contribuir, con arreglo al criterio de proporcionalidad, a cubrir las necesidades económicas de la cosa común, como son el pago de impuestos, las obras y gastos de reparación, los gastos generales de comunidad o los empleados en la reconstrucción de la cosa común”.*⁷⁸

I.5.C.- Principio democrático o de las mayorías.

La toma de decisiones para adoptar acuerdos relativos a la administración y disfrute de la cosa común está sometido, según el artículo 398, al principio de la mayoría de cuotas de participación o intereses (a menos que la ley exija unanimidad) teniendo en cuenta que la cuota expresa numéricamente y de manera ideal la participación de cada comunero en el bien o derecho sobre el que recae la comunidad.

I.5.D.- Principio de libertad individual.

Según el artículo 399 del Código Civil, cada comunero puede abandonar la comunidad mediante la disposición de su propia cuota sobre la que ostenta una propiedad exclusiva o bien constituir sobre ella un derecho real de disfrute o garantía, aunque el efecto de dichos actos de disposición estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. Derecho de mantener el estado de indivisión o de terminarlo mediante la acción de división o *“actio communi dividundo”*.

Como señala el artículo 400 Cc en los casos de pacto de indivisión *por tiempo determinado, que no exceda de diez años* o que la misma resulte de causas naturales o económicas indivisible *será válido de conservar la cosa indivisa. Este pacto podrá prorrogarse por nueva convención”*.

I.6.- RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

El contrato de comunidad es consensual, se perfecciona por la voluntad concorde de las partes (art. 1679 Cc). Comienza desde el momento mismo de la celebración del contrato si no se ha pactado otra cosa y la consumación implica la extinción de la comunidad que no puede entenderse cumplida hasta el total cumplimiento de todas las obligaciones.

⁷⁸ De Verda y Beamonte: “La comunidad de bienes”, en AA.VV y Moreno del Valle: “La organización de las comunidades de bienes por los propios comuneros”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Las CB están mínimamente reguladas, siendo descritas por el artículo 392 del Código Civil como aquellas entidades que careciendo de personalidad jurídica propia están formadas por varias personas que ostentan la propiedad y titularidad de una cosa o derecho indiviso.

Se encuentran recogidas en el Título III del libro Segundo del Código Civil, en las disposiciones de los arts. 392 a 406 como derecho de carácter supletorio de las disposiciones especiales que rigen cada una de ellas⁷⁹. Con lo cual, la primera ley aplicable vendría dada por los pactos contractuales, la segunda por las disposiciones especiales, si las hubiera, y la tercera y subsidiaria, por lo previsto en el Cc en materia de comunidad de bienes. Hay que tener en cuenta que tales disposiciones del Título regulan un modelo de comunidad de bienes especialmente pensado para la comunidad hereditaria y otras incidentales, y así, más que un género, dibujan una especie común.

La definición legal de comunidad no hace referencia a su origen ni a la voluntad de los partícipes, sino que describe un supuesto de hecho, la pertenencia de una cosa o de un derecho a varias personas pro indiviso (art. 392) cuya consecuencia jurídica es que hay comunidad⁸⁰.

Los comuneros tienen asignadas unas cuotas que determinan la proporción en que participan en el uso y en los beneficios y cargas de la cosa común (arts. 393 a 395), así como en la adopción de acuerdos para su mejor administración y disfrute (art. 398). Estas cuotas, aunque no son parte material de la cosa, representan una parte abstracta de ella, con un valor determinado que las hacen objeto de negocios jurídicos con carácter separado e individual (art. 399). El Código Civil se adscribe así al sistema romano de comunidades por cuotas⁸¹, delimitando el supuesto de hecho a la propiedad de un bien y, por tanto, centrándose, al recaer sobre un derecho real, en la denominada copropiedad o condominio proindiviso.

Algunos autores han sostenido la idea de que el artículo 392 Cc. acoge tan sólo una especie de comunidad de bienes, como es la copropiedad o el condominio, porque el legislador emplea la expresión “propiedad de una cosa o de un derecho para definir el supuesto de hecho⁸²” y parece establecer unas características básicas

⁷⁹ Martínez de Aguirre y Aldaz: “La comunidad de bienes” en Curso de Derecho civil III Derechos Reales, Colex, Madrid, 2015, pág.174.

⁸⁰ Miquel Gonzalez, en “Comentarios al Artículo 392 del Código Civil”.

⁸¹ Criterios de diferenciación entre comunidades germánicas y romanas: Albadalejo en, Curso de Derecho Civil. III. Derecho de bienes, Bosch, 2002, pp. 368 y ss.; Bayona Giménez, en “Tributación de la comunidad de bienes”, p. 15 y ss. y una síntesis en p. 19.

⁸² Rams Albesa (coord.) en “Comentarios al Código Civil”, t. III, Bosch, Barcelona, 2001, p. 301.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

en su regulación, como es la unidad, en sentido no cuantitativo, del objeto y pluralidad de sujetos, autonomía de la voluntad, existencia de la cuota como elemento que marca la participación de los sujetos (art. 393), de la que se puede disponer (art. 399) y señala un límite en cuanto a la administración y mejor disfrute del objeto (art. 398) y la posibilidad de pedir la división en cualquier momento (art. 400), basando la comunidad en el principio individualista. Por el contrario, otros autores consideran que el citado precepto regula la comunidad de bienes como género, dentro de la cual la copropiedad sería la principal destinataria de su régimen.⁸³ En consecuencia, si consideramos a la comunidad de bienes del Código Civil como un género y no una especie, quedarían integradas en ella la cotitularidad de los derechos reales, la de los derechos de crédito (que no son susceptibles de ser fragmentados) y la de los patrimonios o masas patrimoniales.⁸⁴

I.7.- CLASIFICACIÓN.

Siguiendo la clasificación realizada por José Antonio Mora Alarcón se pueden diferenciar las comunidades de bienes según varios criterios⁸⁵, por el origen o fuente de la comunidad pueden ser voluntarias o incidentales, las primeras, surgen como consecuencia de la voluntad coincidente de varias personas de adquirir conjuntamente una cosa y las segundas suelen tener su origen en un hecho independiente de la voluntad de las partes. La comunidad voluntaria, funcional o pactada, se rige fundamentalmente por los pactos de los comuneros, por la voluntad de quienes la crean para conseguir un objetivo determinado. En ésta no cabe el ejercicio de la acción de división sin el acuerdo unánime de los componentes mientras en la incidental se estimula su desaparición normalmente a través de la acción de división. La Comunidad contractual tiene su origen en un negocio jurídico libremente suscrito por las partes y la legal trae su origen de la ley.

También se puede clasificar la comunidad por su objeto, singular o universal, y según pueda pedirse o no la división, ordinaria o forzosa. En la Comunidad ordinaria, todo partícipe puede pedir la división, cuyo ejercicio puede ser renunciado por una duración no superior a 10 años mientras que en la comunidad forzosa no tiene esta facultad porque los bienes no pueden destinarse a otro uso que el que tienen (ej. medianería forzosa). Comunidad propia cuando el objeto es susceptible de ser usado y la impropia porque se excluye el uso directo

⁸³ Beltrán de Heredia Castaño y Castán Tobeñas: Derecho Civil español, común y foral. Reus. 1973.

⁸⁴ Roberto de Ruggiero: "Instituciones de Derecho Civil", Tomo I, pág. 578. Madrid 1979 considera que el concepto de comunidad es más amplio que el de condominio siendo éste una especie de aquella. Comunidad como toda relación o todo conjunto de relaciones en que aparezcan como sujetos varias personas conjuntamente.

⁸⁵ José Antonio Mora Alarcón: "Sociedad civil Comunidades de Bienes". Tirant lo Blanch. 1998. Pág 116 y 117.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

(ej. Comunidad de créditos). La Comunidad absoluta no limita los aprovechamientos de la cosa ni en tiempo ni en extensión y la relativa si está limitada por pacto o disposiciones especiales. La Comunidad total cuando hay comunidad en todos los aprovechamientos de la cosa o derecho y la parcial cuando se limita a una parte de los mismos. La Comunidad en toda su extensión supone una igualdad absoluta de derechos y la comunidad en proporcionalidad supone que los derechos de los partícipes se extienden en una proporción no igualitaria.

Pero la clasificación más importantes es la que diferencia la comunidad romana (por cuotas) de la comunidad germánica (en mano común). Las diferencias son grandes en cuanto a la concepción del individuo y del grupo.

I.7.A.- La comunidad romana

Tiene su origen en una concepción individualista, la preeminencia se concede siempre al individuo y la situación de comunidad se concibe como algo transitorio, incidental y desventajoso. El predominio del derecho del individuo y el carácter transitorio conlleva la facilitación de la desaparición de este estado otorgando a cada comunero la posibilidad de salir de él en cualquier momento mediante la llamada actio communi dividendo.

La comunidad romana o *condominium iuris romani*, llamada también por algunos autores comunidad ordinaria o por cuotas, en la que se inspiran los artículos 392 y ss. del Código Civil, tiene su origen en el Derecho romano que reconocía la existencia de cuotas, es decir, de porciones ideales de propiedad del bien o derecho común, en base a las cuales, el individuo tendría un determinado poder sobre tal bien o derecho. La existencia de porciones ideales o cuotas marca la participación concreta y goce de cada uno de sus miembros en el objeto, pudiendo disponer cada uno de la suya.

La comunidad romana se caracteriza porque los copropietarios entre sí y en relación con la cosa común no tienen más vínculo o ligazón que la titularidad compartida del derecho de propiedad. Cada uno de los copropietarios tiene atribuida una cuota de participación en el derecho compartido que, en general, rige tanto para la contribución a los gastos cuanto para la formación de los acuerdos por mayoría respecto de la copropiedad, pudiendo incluso provocar la extinción de la situación de cotitularidad, mediante la división de la cosa común, en el momento en que consideren conveniente, sin consentimiento de los restantes, realizando los actos de disposición o enajenación oportuno para desligarse así en definitiva de la copropiedad (estructuralmente copropiedad tendencialmente transitoria).

I.7.B.- La comunidad germánica

También llamada *condominium iuris germanici* o comunidad en mano común (en alemán, Eigentum zur gesamten Hand) tiene su origen en la antigua

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

organización germánica de la propiedad como una forma ventajosa de realizar determinadas funciones económicas. Presta mayor atención al colectivo que al individuo, como corresponde a los principios propios del Derecho germánico, a los que responde, al menos parcialmente, algunos tipos especiales de comunidad que existen en nuestro Derecho. La comunidad se considera como una situación estática, permanente y estable.

El concepto romano de cuotas desaparece y con ello esa proporción ideal de propiedad que se atribuía al individuo y si existen son puras medidas de valor o de goce que no determinan un derecho exclusivo del comunero sobre ellas. Lo verdaderamente importante es la relación personal que la sustenta, siendo la cuota el elemento que determina la inclusión en la comunidad y que probablemente funcionaría como límite que se pone al individuo para el disfrute del bien o derecho común (en las relaciones internas), sin llegar a ser una atribución real de propiedad de los miembros ni expectativa a una futura situación divisoria.

No existe una acción divisoria que se pueda ejercitar por la mera voluntad del individuo por no existir unas cuotas sobre las que los condueños sean plenamente propietarios. No da lugar, a diferencia del Derecho romano, a una posición jurídica particular del comunero que permita su disposición separadamente del resto del grupo comunal. La disposición corresponde a todos (propiedad en mano común) y no es posible una acción individual de división mientras subsista el vínculo personal que generó la situación comunitaria. Imposibilidad incluso conceptual de que el copropietario, dada la inexistencia de cuota, pueda enajenar o transmitir su posición en la comunidad a un tercero ajeno a ella.⁸⁶

La comunidad germánica se caracteriza por la existencia de un vínculo personal entre los copropietarios, fundamentalmente de carácter familiar o de estirpe, que preexiste a la propia condición de copropietario. Situación tendencialmente permanente y de gran estabilidad por estimarse que los bienes y derechos afectos a la situación de cotitularidad constituyen un mero sustrato patrimonial de funciones económicas atribuidas al grupo familiar o parental.

En conclusión, la comunidad romana o por cuotas cumple una función de goce pasivo de un patrimonio en situación de cotitularidad, pudiendo cualquier comunero instar la disolución (art. 400 Cc), limitándose la normativa a regular las actividades de conservación y uso independiente de las cosas, su carácter es transitorio y no permite la afectación del patrimonio a un fin común más o menos permanente. Frente a ella, la comunidad germánica o de mano común caracterizada por la idea de que la parte se refiere al conjunto patrimonial, cuya titularidad viene atribuida “conjunctis manibus” a la colectividad de personas como tal, lo que supone

⁸⁶ Manresa y Navarro: *Comentarios al Código Civil español* T.XI, Edit. Reus, Madrid, 1931 y con algunos matices por Miquel Gonzalez: “Comentario al artículo 392 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. V, Vol. 2, Madrid 1985.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

una separación del patrimonio común respecto del particular de los miembros, quedando aquél afectado al fin común merced no sólo a la separación de deudas sino al sistema de prelación de los acreedores de la comunidad. La subjetivación colectiva se apoya en una organización, en cierto modo, abstracta y objetivada, creándose un sujeto de derecho dotado de patrimonio independiente y perfectamente acotado y responsable»⁸⁷.

I.7.C.- El modelo elegido por nuestro Código Civil

Nuestro Código Civil, la mayor parte de nuestra doctrina y de la Jurisprudencia ha considerado que la regulación de la comunidad de bienes sigue las líneas básicas del esquema de la comunidad romana o por cuotas (art. 393 Cc), reconocimiento de cuotas y plena propiedad de cada comunero sobre ellas (art. 399 Cc) y libre ejercicio de la acción divisoria (art. 400 Cc).

Pero en nuestro derecho nos encontramos con formas especiales de comunidad que pueden comprenderse dentro de la idea de comunidad germánica, como es el caso de la comunidad hereditaria⁸⁸ y la sociedad de gananciales⁸⁹, los aprovechamientos comunales (pastos, montes, leñas), las comunidades vecinales y las sociedades sin personalidad jurídica, en donde los sujetos que disfruten de los aprovechamientos colectivos están unidos por vínculos de carácter personal, el número de titulares es indeterminado y variable, de forma que el disfrute se hace sin delimitación precisa, faltando la idea de cuota y la comunidad es indivisible. Y en materia de actos de administración un acuerdo mayoritario pueda vincular a una minoría (art. 398 Cc), alejándose del sistema romano de la unanimidad.

Algunos autores defienden la tesis de que la comunidad de bienes del Código Civil no puede ser definida a través de los modelos doctrinales germánico o romano.

⁸⁷ Síntesis efectuada por Fernández de la Gándara, L., siguiendo a Girón Tena, en *Derecho de sociedades*, vol. I, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 69-70.

⁸⁸ La comunidad existente entre los herederos sobre la herencia indivisa se puede considerar como una comunidad en mano común porque se refiere a un patrimonio y no a un objeto singular, el coheredero no puede disponer de la parte de la cosa que forma parte de la herencia. Sin embargo, Díez Picazo entiende que la comunidad hereditaria sigue las reglas de una comunidad normal de tipo romano porque entre los coherederos existen cuotas que delimitan su derecho hereditario y que son similares a las cuotas generales de la comunidad, cada coheredero puede disponer de su cuota y tiene señorío pleno sobre ella, lo que le permite cederla, enajenarla, etc, ningún coheredero está obligado a permanecer en la indivisión de la herencia y puede ejercer en cualquier momento la acción para la división.

⁸⁹ La comunidad matrimonial de bienes constituye un caso de aplicación de la comunidad en mano común de tipo colectivista, en la cual ninguno de ellos tiene un derecho actual a una cuota, que pueda ser objeto de enajenación, ni da lugar a la acción de división de la cosa común.

I.8.- EXTINCIÓN.

Para nuestro C.c. la comunidad de bienes es una situación antieconómica y conflictiva donde cualquiera de los comuneros pueden, siempre que la cosa sea divisible pedir la división o, siendo indivisible o el resultado de la división antieconómica, se permite la venta en pública subasta para el reparto de lo obtenido entre los comuneros. La acción de división se considera como una acción imprescriptible⁹⁰.

I.8.A.-Derecho de todo comunero de pedir la disolución de la comunidad

Sin perjuicio de la desaparición de la cotitularidad o del objeto como formas de extinción de la comunidad de bienes por la unificación de los derechos en una persona mediante compraventa de las restante cuotas, sucesión hereditaria, donación, usucapión, destrucción total de la cosa, renuncia de todos los comuneros a favor de uno de ellos o de un tercero, prescripción adquisitiva ganada a favor de un tercero, retracto de comuneros, etc, la atención del Cc se centra en la extinción de la comunidad por división de la cosa común (artículos del 400 al 406 del Código Civil).

La doctrina ha definido la división de la cosa común como el acto jurídico por el que a petición de cualquier comunero, el derecho de cuota se concreta en el dominio sobre una porción material del bien común.

El artículo 400 del Código Civil atribuye a cada comunero, individualmente, el derecho o facultad de reclamar la división de la cosa común en cualquier momento (actio communi dividundo o acción de división de la cosa común) cualquiera que sea su cuota, y sin ningún tipo de condición. Determina dicho artículo que “ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común”. Por lo tanto cualquier comunero tienen la facultad de dividir la cosa, acción que representa un derecho indiscutible, incondicional e inherente a la propia existencia de la comunidad, sin que los demás comuneros puedan impedir el uso del derecho a separarse de cualquiera de ellos, en cualquier momento, pues como marca el artículo 1.965 del Código Civil, el ejercicio de dicha acción es imprescriptible⁹¹. Se puede tratar de una división material o jurídica de la cosa. A veces no se podrá

⁹⁰ Estruch: “Venta de Cuota y Venta de Cosa Común por uno de los comuneros en la Comunidad de Bienes” y Ferrando García: “Ejecución de sentencias: responsabilidad de los comuneros en caso de insolvencia de comunidad de bienes condenada: requisitos”.

⁹¹ “No prescribe entre coherederos, condueños o propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la participación de la herencia, la división de la cosa común o el deslinde de las propiedades contiguas”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

llevar a cabo la división por lo que será necesaria la venta de la unidad completa para dividir lo recibido.

También se incluye dentro de esta división a las situaciones de subcomunidad o comunidad de segundo grado en los que una de las cuotas de la comunidad pertenece, a su vez, a varios titulares proindiviso, en cuyo caso los subcomuneros tienen a su disposición la acción de división para extinguir esa subcomunidad, división que no afecta, sin embargo, a la comunidad de primer grado sobre el bien o derecho (STS 23 de septiembre 1998).

Los comuneros podrán pactar libremente cómo realizar la división de la cosa común (art. 402 Cc) y si nada pactaron, el artículo 406 Cc remite a las reglas de la comunidad hereditaria en materia de partición, que sólo regirán con carácter supletorio o complementario de las disposiciones específicas de los artículos 400 a 405 del mismo cuerpo legal, y en tanto no se opongan o estén en contradicción con ellos.

I.8.B.- Naturaleza de la división

Se ha discutido si se trata de un acto de carácter traslativo o declarativo. TraslATIVO cuando existe en la división una transmisión de derechos que se produce desde el grupo de comuneros al que después de la división resulte propietario exclusivo de cada porción o declarativo si no produce ninguna transmisión de derecho, sino que se limita a declarar o fijar la situación de cada titular.

La división altera sustancialmente la situación jurídica anterior y cesa el régimen de comunidad por lo que no la podemos considerar sólo como un acto puramente declarativo. El acto divisorio es un acto con efectos extintivos respecto de la situación de comunidad, y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos. El derecho que recibe cada comunero es un derecho distinto del que tenía.

I.8.C.- Procedimientos para llevar a cabo la división

El artículo 402 del Código Civil determina que “La división de la cosa común podrá hacerse por los interesados, o por árbitros o amigables componedores nombrados a voluntad de los partícipes”. Por tanto son tres los posibles procedimientos de división, negocial o convencional, arbitral y judicial, teniendo en cuenta que cuando la división se realiza por árbitros o amigables componedores no estamos en un sistema de arbitraje como determina la STS 17-09-1986, sino ante una referencia genérica a la intervención de “árbitros” y deben cumplirse una serie de requisitos en los términos que establece el artículo 402.2 del Código Civil. La

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

división se puede realizar en documento privado al no exigir el artículo 402 del Código Civil que conste escritura pública del acuerdo adoptado⁹².

En los casos de división voluntaria (negocial o convencional) y extrajudicial de la comunidad por los propios interesados, el acuerdo adoptado resulta válido y obligatorio según SSTS 10 de mayo de 1994 y 14 de noviembre de 2002, en cuanto que es un pacto de división que expresa la voluntad de los comuneros de poner fin al estado de indivisión.

Según Díez Picazo tanto una forma de división como la otra exige unanimidad, el acuerdo debe ser unánime, pudiendo resultar de una ratificación expresa o tácita. También cualquier comunero puede instar judicialmente la división (ejercicio judicial de la acción divisoria), siendo ésta otra forma de extinción de la comunidad, aunque no esté recogido en el Código Civil.

La práctica de la división puede hacerse de varias maneras, se forman partes proporcionales de la cosa común en función de las cuotas de los comuneros, evitando los suplementos en metálico que tendrán carácter subsidiario. Si las cuotas de los comuneros son iguales, lo ideal es formar tantos lotes de idéntico valor como partícipes en el reparto y sortearlos entre ellos. Si las cuotas de los comuneros son desiguales, a falta de acuerdo entre las partes es preferible que medie alguien imparcial que determine la porción de cada parte. Si no son de idéntico valor, las diferencias se pagarán o cobrarán por los adjudicatarios de los lotes en dinero para hacer los correspondientes ajustes. También cabe sustituir la partición por la concentración de todas las cuotas en una sola persona, que indemnice a los restantes titulares si hay voluntad de todos.

I.8.D.- Limitaciones a la facultad de pedir la división.

La acción de división del art. 401 da dos alternativas, la división material y la división económica. La material cuando la cosa sea divisible y si no fuera divisible materialmente, porque su esencia no permite que cumpla su función si se divide, se acudiría a la división económica por pública subasta o también cabe una disolución de comunidad adjudicando la cosa a uno de los condueños que indemniza a los demás y que deberá hacerse por unanimidad.

La facultad de pedir la división de la cosa común no tiene carácter absoluto, el Código Civil establece limitaciones de diferente alcance y contenido. La acción de división es la regla general en la comunidad de bienes pero existen algunas excepciones:

a) Las limitaciones derivadas de pactos de indivisión en un negocio jurídico. Según el artículo 400.2 del Código Civil será válido el pacto de conservar la cosa

⁹² Crespo Allué: “La división de la comunidad de bienes”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años que podrá prorrogarse por nueva convención. Si se ha pactado la indivisión pero no el plazo, la división puede pedirse en cualquier momento.

b) La propiedad horizontal es un supuesto de indivisibilidad sobre las cosas comunes ya que va en la esencia misma de ese tipo de propiedad. Si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista por el artículo 396. En el derecho actual no es indivisible un edificio, pues la división se puede llevar a cabo a través del régimen de propiedad horizontal.

c) A veces en testamentos se puede introducir una prohibición de dividir más allá de los 10 años. Esta indivisibilidad impuesta unilateralmente por el testador o el donante nos conduciría al ámbito de las prohibiciones de disponer y de su eficacia real (art. 1051 Cc).

También existen límites que pueden venir dados por la naturaleza personalísima e intransmisible del derecho que se trata de enajenar, otros pueden tener su origen en prohibiciones de disponer impuestas por la ley, por resoluciones judiciales o administrativas o por actos voluntarios, que impongan al comunero la no disponibilidad de su cuota⁹³. Serán limitaciones también las derivadas de la buena fe y de la interdicción del ejercicio abusivo del derecho, según precepto del artículo 7 del Código Civil.

En ocasiones, para la satisfacción de los intereses de los afectados, se necesita la permanencia de la situación de comunidad y, en consecuencia, la exclusión de la acción de división mientras esté el objeto destinado a la finalidad que exige esa permanencia. Tampoco cabe la división cuando a pesar de ser la cosa divisible materialmente esté prohibida (como las unidades mínimas de cultivo con el fin de impedir una excesiva fragmentación de las fincas rústicas o muebles cuya división material no es la más adecuada). En esos casos se puede defender la indivisibilidad por inservibilidad, desmerecimiento o incomodidad o la indivisibilidad funcional de la cosa o indivisibilidad objetiva como determina el artículo 401 del Código Civil “los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina”. En tal caso, la ley impone su indivisión material a través del artículo 401 del Cc, aunque admite la partición económica acudiendo al procedimiento de venta en pública subasta, subastándola y repartiéndose el precio (art. 404 Cc). El Tribunal Supremo determina en diferentes sentencias como limitaciones a la acción de división la indivisibilidad material o esencial y la jurídica, derivada de la inservibilidad para el uso a que está destinada la cosa o del grave desmerecimiento, principalmente económico, que acarrearía la división.

⁹³ Límites que quedan recogidos en la STS de 11 de mayo de 1999 (f. j. 1º).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La subasta es un recurso subsidiario, operante solo en el caso de que no se hubiese logrado el convenio para su distribución o adjudicación a favor del que estuviese dispuesto a abonar a los restantes el valor de su participación en la comunidad. Sería inútil exigir como trámite formal el intento de un convenio si cualquiera de los comuneros pide la subasta pues no se puede contar con su voluntad para el acuerdo de adjudicación que no se ha de lograr.

I.8.E.- Efectos de la división de la cosa común entre los partícipes.

La división extingue la situación de comunidad y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor de cada uno de los comuneros sobre su parte o lote según determina el artículo 450 del Código Civil donde se reconoce que “cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión”.

La división de la cosa común surte sus efectos entre los comuneros y sus causahabientes.

I.8.E.- Los terceros y la extinción de la comunidad

Pero al igual que los comuneros pueden ejercer el derecho de división, no podrán pedir la división de la cosa común quienes no sean partícipes de una comunidad, por lo que no estarán legitimados los acreedores de los comuneros, ni siquiera mediante el ejercicio de la acción subrogatoria que determina el artículo 1.111 del Código Civil ni tampoco los cesionarios de la cuota.

En general, los cesionarios de los partícipes, al ingresar en la comunidad, tienen la cualidad de comuneros, pero existen cesionarios del derecho de los partícipes que no ingresan en la comunidad o aquellos a quienes el partícipe haya cedido, mediante contrato, su participación en la comunidad pero todavía no han adquirido el dominio por no haberse producido el modo o traditio, por lo que ostentan un simple derecho personal a la entrega. El artículo 403 Cc faculta a los acreedores y a los cesionarios de los partícipes para intervenir en la división de tres formas: concurrir al acto divisorio, oponerse a que la división sea verificada sin su concurso e impugnar la división consumada cuando en ella se haya cometido fraude o cuando se haya realizado la oposición formalmente interpuesta para impedir la, a salvo siempre los derechos del deudor o cedente para sostener su validez.

Los efectos de la división de la cosa común no perjudicará a terceros, que conservarán los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición, según establece el artículo 405 del Código Civil, pero en ningún caso la división tiene que contar con su consentimiento.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad.

El Código Civil precisa que “el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad”. Esto no significa que los efectos de estos negocios dependan de la adjudicación de bienes concretos tras la extinción de la comunidad porque si fuera así carecería de virtualidad el artículo 399 Cc. No se suspenderá la validez ni la eficacia del acto de enajenación de la cuota, por lo que el objeto de la enajenación no será una parte material de la cosa común sino el derecho del comunero sobre la cosa en la medida establecida por su participación, un derecho que sólo se materializará cuando se produzca la división de la cosa común.

CAPÍTULO SEGUNDO.- COMUNIDAD COMO SOCIEDAD

II.1.- INTRODUCCIÓN

La afinidad entre sociedad y comunidad de bienes se remonta a las fuentes romanas y de ello son clara muestra, en nuestro Ordenamiento Jurídico, los artículos 392 y 1669 del Código Civil. Aunque la sociedad y la comunidad de bienes son dos categorías diferentes y distintas que no pertenecen al mismo género, en determinados supuestos ambos fenómenos pueden ser compatibles⁹⁴.

Se distinguen, sociedad y comunidad de bienes, aparte de por el origen o fuente de que surgen, criterio no siempre uniforme, por la finalidad que persiguen los interesados: lucro común partible en la sociedad y mera conservación y aprovechamiento en la comunidad. La comunidad de bienes se caracteriza por la utilización y aprovechamiento estático de un bien; la sociedad, en cambio, trata de realizar una explotación dinámica con la finalidad de conseguir unas ganancias y partirlas. Ahora bien, ha de tenerse presente que la comunidad, que es un fenómeno que necesariamente tiene un sustrato real, puede coexistir en el ámbito obligatorio con la sociedad, y ésta, que es un fenómeno que tiene un sustrato necesariamente obligatorio, puede, asimismo, coexistir en el ámbito real con la comunidad⁹⁵.

La distinción entre sociedad y comunidad sólo va a resultar problemática en aquellos supuestos donde ambas figuras van a poder coexistir, es decir, en los casos en que el contrato de sociedad configura una sociedad interna, en los supuestos de sociedades irregulares; ya que en los demás supuestos, cuando el contrato de sociedad configura una sociedad externa, una sociedad que ha sido estructurada

⁹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de junio de 2015, Recurso 548/2014.

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1940, las Sentencias del Alto Tribunal de 5 de julio de 1982 y de 21 de marzo de 1988.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

como organización, como un sujeto de derecho (que es el tipo normal y legal de sociedad), los fenómenos de comunidad y sociedad son incompatibles, pues el reconocimiento y atribución por el ordenamiento jurídico de personalidad jurídica a tales sociedades (artículos 35 y 1669 del Código Civil y 116 del Código de Comercio) origina la unificación de la actividad del grupo y la separación del patrimonio del grupo.

Uno de los supuestos prácticos en que se plantea con más frecuencia la problemática de la distinción entre comunidad y sociedad es el de las denominadas comunidades societarias que explotan una empresa bajo una razón unificada en el tráfico, dando lugar a una forma de organización de la empresa colectiva, que obtuvo carta de naturaleza en el derecho fiscal (artículos 33 de la Ley General Tributaria de 28 diciembre 1963 y 35 de la Ley General Tributaria de 17 diciembre 2003) y en el derecho laboral (artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores). Tales organizaciones no son comunidades de bienes, sino claramente sociedades, pues es innegable que tienen una finalidad de lucro y además aparece con toda evidencia el propósito de actuar unificadamente en el tráfico. Por otra parte sus relaciones frente a terceros han de someterse imperativamente a la normativa societaria, por lo que si su objeto es mercantil habrán de ser consideradas como sociedades mercantiles irregulares, al no concurrir el requisito de su inscripción en el Registro Mercantil (artículo 119 del Código de Comercio y 20 de la Ley de Sociedades de Capital) y si su objeto es civil, serán sociedades civiles.

En este sentido, ha de recordarse, por un lado, que las sociedades mercantiles irregulares carecen de personalidad jurídica propia (artículos 116 y 119 del Código de Comercio y 33 de la Ley de Sociedades de Capital) y se rigen -como han puesto de manifiesto, entre otras, las Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1987, de 20 de febrero de 1988, de 16 de marzo de 1989 o de 19 diciembre de 2006, por las normas de la sociedad colectiva (artículos 125 y siguientes del Código de Comercio) respecto de terceros y por sus pactos entre los socios.

La distinción comunidad-sociedad no aparecía del todo clara en las fuentes, donde incluso la terminología inducía a confusión. En algunos textos se habla de la sociedades como tal, pero sin pretender personificación alguna. En todo caso, la sociedad entraña la formación de una comunidad⁹⁶.

La consideración como sociedad de situaciones constituidas como comunidades de bienes para la explotación económica de un bien no es extraña a nuestro ordenamiento jurídico, así el Cco regulaba el condominio de buque hasta la

⁹⁶ Fernández de Bilbao: “Comunidades de bienes y Sociedades civiles para empresa. La sociedad irregular”.

León Sanz. y Martín Fernández: “El contrato de sociedad (2). La sociedad mercantil. Dir. Yzquierdo Tolsada, M en Contratos de estructura asociativa o comunitaria”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

entrada en vigor de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima. Según el artículo 589 del Cco, ya derogado, cuando dos o más personas eran partícipes en la propiedad de un buque mercante se presumía constituida una compañía por los copropietarios. Se trataba con ello de aportar una solución al régimen de la comunidad de bienes constituida sobre un objeto, el buque, que era objeto de explotación económica, precepto que dio lugar a un intenso debate doctrinal⁹⁷. Actualmente, la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima, distingue entre la simple cotitularidad del buque (artículo 64) y el verdadero condominio naval (artículos 150 - 155) que se constituye, conforme dispone el artículo 150 de la Ley 14/2014, cuando la copropiedad del buque o embarcación tiene como finalidad su explotación mercantil⁹⁸.

La sociedad es un contrato, por el cual varias personas se obligan a poner en común bienes, dinero o industria, un patrimonio que sirve para el ejercicio de una actividad con la que conseguir un lucro o ganancia partible entre los socios, lo que le da un carácter dinámico y activo que recuerda lo que es una explotación en la que se juntan varias personas para hacer algo que no es en sí mismo lo que aportan sino sólo un medio. En la sociedad (art. 1665) se incluye como elemento esencial y constitutivo el ánimo de partir entre si las ganancias⁹⁹ y lucros comunes partibles y divisibles y, consecuentemente, lo mismo sucede con las pérdidas. En la sociedad hay un patrimonio en transformación, hay un verdadero patrimonio social a ella atribuido. Teniendo que probarse por quien lo alega la existencia de una voluntad conjunta de compartir ganancias y pérdidas¹⁰⁰.

La doctrina, consciente de la dificultad para encuadrar las denominadas «comunidades mercantiles», «comunidades societarias», «comunidades de bienes empresariales» como comunidades de bienes de acuerdo con el régimen previsto en el Código Civil, admite que son equiparables a una relación societaria. Esta equiparación doctrinal se basa en la elaboración de un concepto amplio de sociedad que permite extender su aplicación a esas situaciones. Si se hace abstracción de requisitos específicos, el contrato de sociedad se podría definir como la unión voluntaria de varios sujetos para la realización de una actividad común con el fin de

⁹⁷ Olivencia Ruiz: «La inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil. (Nueva terminología y carácter de la inscripción en el Reglamento de 14 de diciembre de 1956 (RCL 1957, 317 y 354))», Revista de Derecho Mercantil , núm. 71, enero-marzo 1959, pp. 61-118.

⁹⁸ “El condominio del buque”, recogido en Estudios de Derecho Privado por Diez Picazo. “El condominio naval” de Reglero Campos.

“Comunidad y sociedad entre los propietarios del buque” de Jordano Barea.

⁹⁹ STS 15 de octubre de 1940.

¹⁰⁰ STS de 29 de setiembre de 2009 y STS de 11 de marzo de 2008.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

obtener una ganancia y las comunidades que ejercen una actividad empresarial cumplen esos requisitos mínimos.

En consecuencia, deben ser calificadas como sociedades, aunque los partícipes manifiesten su voluntad de crear una comunidad y así la denominen en el tráfico. Ahora bien, esta calificación debe ser matizada atendiendo a la naturaleza de la actividad que se desarrolla, según los criterios fijados por nuestro ordenamiento jurídico.

Es doctrina jurisprudencial reiterada y unánime que desde el momento en que dos o más personas se obligan a poner en común determinados bienes, con “animus societatis” para realizar una actividad civil (profesional, explotación de bienes) o mercantil (empresarial) para obtener un lucro es una sociedad, respectivamente civil o mercantil (art. 1665 del Cc) aunque esa concreta entidad se denomine “comunidad de bienes”. Las calificaciones de los contratos no están sujetas automática ni obligatoriamente a las nominaciones que las partes les den, pues prevalece la que es conforme y adecuada a su esencia negocial, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, que también proclama que las cuestiones relativas a su existencia o inexistencia, concurrencia de requisitos esenciales y su adecuada calificación son cuestiones de hecho y su constatación facultad de los Tribunales.

Al haber confusión de patrimonios (constitución de un fondo común de actividades y bienes, sustentada en una “affectio societatis”) la responsabilidad frente a terceros de la sociedad y los socios (por los contratos celebrados en nombre de ésta) es solidaria, no subsidiaria (STS, Sala 1ª, de 19-12-2006).¹⁰¹ La jurisprudencia acepta la existencia de un vínculo de solidaridad tácita si aparece evidenciada la voluntad de los contratantes de obligarse “in solidum”¹⁰².

La doctrina y la jurisprudencia han visto necesario recurrir a la integración de todos estos criterios para determinar cuál es la verdadera naturaleza del negocio cuando la situación jurídica resulta dudosa entre sociedad y comunidad de bienes que ejerce una actividad empresarial, al faltar una regulación específica y un único criterio delimitador claro. Esta es la línea que propugna la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 17 de julio de 2012, que fija las pautas a seguir en el proceso de interpretación.

Por tanto, son los Tribunales quienes, partiendo del análisis del supuesto de hecho concreto planteado, tienen que determinar cuál es la verdadera naturaleza jurídica de la relación subyacente y fijar el régimen jurídico aplicable. De modo que

¹⁰¹ Ya desde la STS de 10-04-1970 que afirma que su régimen de responsabilidad frente a terceros hay que equipararlo al de las sociedades personalistas.

¹⁰² Art. 1138Cc y STS, sala 1ª de 31 de enero de 2001 que cita a las STS de 26/7/1998, 11/10/1989, 29/4 y 19/12/1991, etc.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

aunque las partes manifiesten su voluntad de crear una comunidad de bienes se producirá su conversión en sociedad y al no estar inscrita como tal en Registro para algunos sería una sociedad irregular a la que, en función de la naturaleza civil o mercantil de su objeto social, se le aplicarían las normas de la sociedad civil o mercantil colectiva, no pudiendo prosperar el intento de las partes de constituir una comunidad¹⁰³.

Las comunidades a las que nos venimos refiriendo son comunidades dinámicas, denominadas por algunos autores «comunidades funcionales», que se caracterizan por su origen volitivo, su estabilidad, la existencia de un fin común entre los partícipes y su organización¹⁰⁴. Los sujetos concurren no en torno a ese bien o conjunto de bienes sino con una finalidad, llevar a cabo conjuntamente una actividad empresarial en el tráfico económico. La tenencia de bienes en común es accesoria al fin, se aportan para poder llevar a cabo la actividad (SAP Salamanca, núm. 85/2000, de 8 de febrero).

Algunos autores, como Manresa, determinan que el fin de la comunidad de bienes no es, como en las sociedades, el acrecentamiento del capital común mediante las ganancias de los capitales aportados al fondo social, sino el simple aprovechamiento colectivo ordinario, hasta el extremo de que si los comuneros pactasen que sus bienes indivisos sirviesen para explotar una industria, ya incurrirían en verdadera sociedad o empresa en donde el lucro de la sociedad debe ser necesariamente pecuniario y valuable en dinero¹⁰⁵.

La jurisprudencia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la distinción entre comunidad de bienes y sociedad a propósito de las denominadas comunidades societarias y comunidades de empresa, y ha incidido, entre otros factores, en el carácter estático y dinámico que caracteriza, respectivamente, a la comunidad de bienes y a la sociedad¹⁰⁶. En muchos asuntos, estos rasgos han sido

¹⁰³ Tribunal Supremo, sala primera de lo civil, sentencia de 18 de febrero de 2009.

¹⁰⁴ Pau Pedrón: “Comunidad funcional” en Libro Homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiéns Llorca, p. 281 ss., que plantea si estas comunidades están sujetas a la acción de división y al derecho de retracto o si son comunidades atípicas regidas por principios distintos de los que inspiran la regulación legal; y Pérez Pérez: “Propiedad, Comunidad y Finca Registral”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995, pp. 189 ss., donde analiza sus elementos partiendo de la RDGRN de 25 de mayo de 1983 (en el supuesto de explotación de inmuebles).

¹⁰⁵ Manresa: comentarios al código civil español. Tomo XI., Madrid 1931.

¹⁰⁶ Por ejemplo, en la STS (Civil) de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8122), el TS afirma que «el contrato de sociedad civil, aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, se presenta dinámico al entrar en el ámbito de actividades negociales o industriales a fin de perseguir la obtención de beneficios, susceptibles de ser partidos entre los socios, que también así asumen, las pérdidas (Sentencias de 15 octubre 1940 (RJ 1940, 886), 24 mayo 1972 (RJ 1972, 2562), 5 de julio de 1982 (RJ 1982, 4216), 6 marzo 1992 (RJ 1992, 2398), 15 diciembre 1992 (RJ 1992, 10406) y 24

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

relevantes, e incluso determinantes, para resolver la calificación de algunas situaciones jurídicas como sociedad o como comunidad de bienes, y no ha dudado en atribuir naturaleza societaria o en calificar como sociedad situaciones que presentan una proyección dinámica y las partes habían denominado «comunidad de bienes»¹⁰⁷.

No obstante, el carácter estático o dinámico no es el único factor tenido en cuenta por la jurisprudencia para determinar si una comunidad que ejerce una actividad empresarial y una sociedad son dos figuras jurídicas distintas, sino que tendrán en cuenta otros criterios:¹⁰⁸

a) El origen. La sociedad tiene necesariamente un origen voluntario manifestado a través de un contrato (art. 1665 Cc y 116 Cco), mientras que la comunidad no tiene una regulación específica en cuanto a su nacimiento, se origina en algunos casos con total independencia de la voluntad de las partes, de forma incidental. La comunidad puede tener su origen en la ley, en un negocio jurídico o en un hecho de naturaleza independiente de todo acuerdo voluntario.

b) La situación del patrimonio que se dedica a la actividad empresarial. Las comunidades de bienes suponen la existencia de una propiedad en común y proindivisa, perteneciente a varias personas (artículo 392 Cc), lo que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural. En cambio, en las sociedades hay un patrimonio comunitario que se aporta al tráfico comercial ya que la voluntad societaria se orienta a este fin principal y directo para obtener ganancias y lucros

julio 1993 (RJ 1993, 6479)). En cambio la comunidad de bienes tiene una proyección más bien estática, ya que tiende a la conservación y disfrute aprovechado de los bienes pertenecientes a plurales titulares dominicales». En el mismo sentido, STS (Civil) de 2 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9487); STS (Civil) de 15 octubre 1940 (RJ 1940, 886); SAP Cantabria (Secc. 2.ª) de 8 de noviembre de 2006 (AC 2006, 2011); SAP Madrid (Secc. 11.ª) de 15 de enero de 2001 (RJ 1993, 9487); SAP Girona (secc. 2.ª) de 24 de marzo de 2000 (AC 2000, 4987); SAP Cuenca de 8 de octubre de 1999 (AC 1999, 8070).

¹⁰⁷ Así, por ejemplo, en la STS (Civil) de 2 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9487); STS (Civil) de 24 de julio de 1993 (RJ 1993, 6479); o en la SAP Córdoba (Secc. 1.ª) de 14 de octubre de 2002 (AC 2002, 2320).

¹⁰⁸ Entre otros, Albadalejo: “La distinción entre comunidad y sociedad”, pp. 669 a 682; Beltrán de Heredia y Castaño: “La comunidad de bienes en Derecho Español”, pp. 35 a 71;

Miquel Gonzalez.: “Comentario al art. 392 Cc”, en Código Civil y Compilaciones Forales;

Tena Piazuelo: “La caracterización de la sociedad civil y su diferencia con la comunidad de bienes” y

Albiez Dohrmann.: “Contratos sobre comunidades convencionales. Cláusulas usuales”, pp. 1034 ss.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

comunes, partibles y divisibles y, consecuentemente, lo mismo sucede con las pérdidas.¹⁰⁹

c) El tipo de uso o explotación de los bienes puestos en común. La explotación conjunta con criterios y organización de empresa debería entenderse como una situación de sociedad, mientras que su mera utilización y aprovechamiento consorcial debería entenderse como situación de comunidad.¹¹⁰

d) El fin u objeto en la comunidad es un conjunto de intereses distintos que se armonizan pero no se funden en un interés único, siendo el interés común la suma de los intereses individuales¹¹¹. En la sociedad, por el contrario, existe una comunidad de fin, existe un fin común, distinto de los intereses de cada uno de los socios¹¹², la obtención de una ganancia consecuencia de su relación con terceros. Otros autores llegan a la misma conclusión, considerando, en lugar del fin, la actividad como elemento diferenciador. La sociedad es el vehículo para el ejercicio de una actividad con la que obtener el lucro o la ganancia, mientras que la comunidad no ejerce actividad sino que se limita a la mera conservación, disfrute o aprovechamiento del patrimonio (explotación estática o por cesión a cambio de precio)¹¹³.

La diferencia se encuentra en la existencia o no de un fin común y en la organización de los medios personales y materiales para su consecución. En este sentido, la STS, 1.ª de 17 de julio de 2012 (sentencia núm. 471/2012) es clara: la sociedad, como situación dinámica, ordena su explotación con arreglo a una

¹⁰⁹ Como indica la SAP Cantabria (Secc. 2.ª) de 8 de noviembre de 2006 (AC 2006, 2011). STS (Civil) de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8122) ; SAP Cantabria (Secc. 2.ª) de 8 de noviembre de 2006 (AC 2006, 2011) SAP Asturias (Secc. 6.ª) de 14 de enero de 1999 (AC 1999, 2911). Precisando la S. 4-12-1973 (RJ 1973, 4614), que encaja en la calificación de sociedad civil irregular o de hecho, la puesta en común para la explotación de cierto negocio.

¹¹⁰ Este criterio se tiene en cuenta también en la SAP Cantabria (Secc. 2.ª) de 8 de noviembre de 2006 (AC 2006, 2011).

¹¹¹ E. Pérez Pérez: “Propiedad, Comunidad y Finca Registral”, Edición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 1996. pp. 189 ss.

¹¹² Beltrán de Heredia resalta que «lo decisivo aquí, no es tener, ni poner en común, sino hacer algo en común, persiguiendo un mismo fin», en “La comunidad de bienes en Derecho español”.

¹¹³ Fernández de la Gándara manifiesta que estas comunidades no son una figura autónoma dentro de los fenómenos asociativos, sino una «particular forma de organizar la titularidad sobre el patrimonio», ya que, en la sociedad, los bienes están en función de la actividad, orientada a la promoción del fin, mientras que en la comunidad la actividad está en función de los bienes y el ejercicio sirve a los fines singulares y privados de cada uno de los intervinientes, que «tienen derecho a la adopción de las medidas legales sobre mantenimiento y administración del objeto común», en Derecho de Sociedades, vol. I, 2010. Editorial: Tirant lo Blanch., p. 50-51.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

organización económica de sus medios (empresa) y con la finalidad preferente de lograr unas ganancias para partirlas entre sus partícipes, a diferencia de la comunidad que ordena su explotación, de forma estática, con arreglo a la mera utilización y aprovechamiento consorcial de los bienes, conforme a su función productiva y a la finalidad de conservación o mantenimiento de los mismos.

e) La voluntad de las partes y, en especial, la concurrencia de una voluntad de unión amplia constituyente de la *afectio societatis* debe de estar presente en toda sociedad, la cual debe confirmarse a través de actos de configuración potestativa que inequívocamente tiendan a la creación de una situación real y efectiva de sociedad¹¹⁴.

d) Atribución legal de personalidad jurídica. Cuando comparamos la comunidad de bienes funcional respecto a la sociedad, la existencia de personalidad jurídica es un elemento diferenciador esencial para discernir cada una. La diferencia principal entre sociedad y comunidad es que la primera es una entidad jurídica con personalidad propia en tanto que la comunidad es un estado jurídico-patrimonial de ciertos bienes en relación a sus dueños.

El contrato de sociedad busca crear una nueva persona jurídica y la comunidad es una forma de propiedad. La sociedad tiene un patrimonio propio, siendo las cuotas de los socios propiedad de cada uno de ellos (aunque nada impide una copropiedad sobre las cuotas) en cambio en la comunidad hay un patrimonio común. Estos criterios distintivos, junto con otros como el origen, la personalidad jurídica, la *afectio societatis* o la diferencia en la aportación, no son definitivos. De *lege ferenda* pueden ser más o menos de interés, pero de *lege data* nos encontramos ante dos regímenes distintos, si bien en algunos casos complementarios, que regulan dos distintas formas de plasmarse un interés colectivo.

Por tanto la calificación de las situaciones de comunidad de bienes sobre una empresa necesita ser matizada en atención a las circunstancias que dan lugar a la comunidad y a la intención o actitud que muestran los partícipes. En principio, cabe entender que una comunidad de empresa incidental, formada independientemente de la voluntad de las partes no puede considerarse sociedad ya que ésta requiere indispensablemente voluntad de unión (consentimiento) con *animus* o *afectio societatis*. Por ello, en principio, la relación entre las partes se calificará en estos casos de comunidad, aunque esta calificación aparentemente entre en conflicto con el carácter estático que se atribuye a la comunidad. Sin embargo la situación es diferente cuando el desarrollo de la actividad empresarial se prolonga más allá de un determinado plazo, ya que de este hecho es posible deducir

¹¹⁴ STS (Civil), de 14 de julio de 2006 (RJ 2006, 4716); SAP Cuenca de 8 de octubre de 1999 (AC 1999, 8070); STS (Civil) de 12 de julio de 1996 (RJ 1996, 5885); STS (Civil) de 2 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1745); STS (Civil) de 30 de abril de 1986 (RJ 1986, 2068); STS (Civil) de 5 de julio de 1982 (RJ 1982, 4216). La STS de 17 de julio de 2012 (RJ 2012, 9331).

la voluntad de unión para la explotación de la empresa. En este sentido se pronuncia Garrigues cuando afirma que la falta de un convenio entre los interesados es suficiente para negar la calificación de sociedad mercantil a las simples comunidades incidentales producidas por el hecho de la sucesión de varias personas en una misma empresa mercantil¹¹⁵.

II.2.- ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA SOCIEDAD CIVIL Y SU PERSONALIDAD JURÍDICA.

Históricamente, por regla general, no existió conexión entre sociedad civil y personalidad jurídica.¹¹⁶ El problema de la personalidad jurídica de la sociedad civil surge en el siglo XIX en los derechos de influencia romanística con la codificación.

En el Derecho romano, salvo en casos muy concretos, no se reconoció a la *societas* personalidad jurídica (aunque realmente no se puede hablar de personalidad jurídica tal y como hoy la entendemos). No se construyó una teoría general de las personas jurídicas, a pesar de que existieran "corporaciones" y "fundaciones". El contrato constitutivo de sociedad se concebía como vínculo puramente interno, origen de obligaciones entre los socios pero no de un ente titular de derechos, obligando los actos realizados por cada socio únicamente a él. Su origen era familiar y su regulación se basaba en el *ius fraternitatis*, poco útil en el caso de las sociedades mercantiles. No se concibió la idea de un patrimonio social distinto de los patrimonios de los socios, los socios respondían de las obligaciones de la sociedad y obtenían los beneficios, en su caso, en proporciones idénticas.

El Derecho canónico aportó la idea institucional en su elaboración de la teoría de la personalidad jurídica pero no lo aplicará a las sociedades, concediendo relevancia a la finalidad del ente, independiente de los socios, y a cuyo servicio está el patrimonio determinado.

La personalidad jurídica de las sociedades comerciales es una conquista del derecho medieval italiano. En Francia se reconoce en épocas posteriores

¹¹⁵ Arana De La Fuente y Grau Ruiz: «Los contratos de constitución y de organización jurídica de la comunidad de bienes», 2014, pp. 399-472, p. 406.

¹¹⁶ Antonio José Quesada Sánchez: "La personificación de las sociedades civiles. análisis histórico-jurídico del artículo 1669 del código civil español". El trabajo examina cómo se llega a personificar las sociedades civiles en el proceso de la codificación española y por qué existe una intensa polémica doctrinal a ese respecto en España. Históricamente, la conexión entre sociedad civil y personalidad jurídica no existió por regla general. Sin embargo, en el momento de codificarse se conectó ambas nociones, de modo que intentar configurar de modo diferente sus relaciones, hoy puede parecer una pretensión de dificultar el tráfico económico, porque está muy arraigada la idea de que la sociedad civil, para que opere adecuadamente en el mercado, debe obrar como persona jurídica.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

(aproximadamente en 1784), mientras que otros países como Alemania o Inglaterra se mantuvieron fieles a la tradición romana y separaron *universitas* y *societas*.

En el derecho alemán el BGB, siguiendo la orientación romana, no reconocía la personalidad jurídica a la sociedad civil. Sin embargo, el Tribunal Supremo de Alemania, BGH, en la Sentencia de 29 de enero de 2001, ha reconocido la capacidad de ejercicio a la sociedad civil a pesar de no tener personalidad jurídica. El antiguo Derecho germánico de marcado carácter asociativo tampoco atribuía a las sociedades esa personalidad. Lo que existe es un derecho sobre una misma cosa por parte de una pluralidad de sujetos sin que se constituya un nuevo ente ni éste se desintegre en cuotas.

La polémica se produce en Francia, Italia y Portugal. El Código Civil francés de 1804 al igual que el Código de Comercio de 1807 no reconocieron expresamente la personalidad jurídica de la sociedad civil. Sin embargo, la doctrina atribuía personalidad jurídica a la sociedad colectiva, algo que fue declarado bien pronto por la Corte de Casación de Francia en la Sentencia de 18 de octubre de 1814. Esta doctrina fue aplicada por analogía a la sociedad civil, dada su semejanza estructural a la sociedad colectiva. El tema fue objeto de viva discusión en Francia, hasta que la Sentencia de la Corte de Casación de 23 de febrero de 1891 reconoció la personalidad jurídica de la sociedad civil no inscrita en ningún registro. El reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil llevaba consigo indudables ventajas prácticas tales como la separación de patrimonios, siendo preferentes los acreedores sociales a los particulares de cada socio. A ello ayuda la existencia en la Francia del siglo XIX de sociedades civiles que ejecutaban importantes obras públicas como la construcción del Canal de Panamá.

El ejemplo francés a la hora de establecer la regulación del Código Civil estuvo muy presente y se pretendió no sólo recoger en el articulado del Code, sino superar la disfunción de la regulación napoleónica (que provocó un debate acerca de la personalidad jurídica de la sociedad civil que duraba ya más de ochenta años). Por tanto, pese a la influencia francesa en nuestro texto a la hora de seguir las pautas romanas, parece pretenderse la superación de los problemas allí suscitados y evitar ese intenso debate sufrido en Francia y también, aunque menos, en Italia y Portugal, donde la influencia francesa era evidente, causado por el silencio legal al respecto. El legislador español no era ajeno a esta situación y en 1885 personificó a las sociedades mercantiles. La regulación civil también personifica, aunque surja una nueva polémica acerca del modo y momento de reconocimiento de dicha personalidad. La personificación beneficia la más rápida actuación de la sociedad en el tráfico, pues ésta actúa como ente y esto agiliza su actividad y el grupo responderá con patrimonio propio¹¹⁷.

¹¹⁷ Baró Pazos: “La influencia del código civil francés (1804) en el código civil español (1889). La codificación española: una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular” coordinado por Aniceto Masferrer. pp. 53-128. “La

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La regulación española previa al Código Civil ha seguido la inspiración romana que obviaba la personificación de las sociedades. Se presuponía la personalidad de determinadas instituciones como el Estado, la Iglesia, los Consejos o Municipios, pero ninguna ley permite la personificación de asociaciones, establecimientos o fundaciones. La doctrina admitía pacíficamente desde principios del siglo XIX la idea de la personalidad jurídica de la sociedad como algo derivado de la propia regulación y aunque el Código de Comercio de 1829 no la proclamaba expresamente para las sociedades colectivas es reconocida por el Tribunal Supremo con anterioridad a la promulgación del texto de 1885¹¹⁸.

El primer reconocimiento expreso de personalidad jurídica a una sociedad en nuestro ordenamiento, aunque no fuesen sociedades civiles sino comerciales, se produjo con el Código de Comercio de 1885, pese a que esa personalidad era admitida anteriormente, sin soporte legal, por las doctrinas civilista y mercantilista, incluso por alguna sentencia del Tribunal Supremo. Gómez de la Serna¹¹⁹ escribía en 1857 que las leyes españolas no han necesitado proclamar el principio de la personalidad jurídica para reconocerlo, lo han supuesto pues toda sociedad es una persona jurídica abstracta, que tiene vida y existencia separada de los socios, que es capaz de propiedad, de derechos y obligaciones y que tiene su modo de dejar de ser como la tienen los individuos. Triunfa en la concepción liberal la persona jurídica y se debe a que la economía va desarrollándose y exige que las sociedades entren en contacto como entes con terceros para agilizar el tráfico¹²⁰.

El Proyecto de Código Civil de 1836, el primero que se redacta completo, contiene alguna regulación de la sociedad civil.

Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)” y “Los proyectos de Código Civil de iniciativa particular elaborados hasta el Proyecto de García Goyena”.

¹¹⁸ Tendencia al otorgamiento de la personalidad de la sociedad civil aun antes de la redacción del Código Civil pues varias plazas de toros se construyeron en Andalucía y otras partes de España por sociedades civiles que se constituyeron al efecto.

¹¹⁹ Gómez de la Serna, que fue Presidente del Tribunal Supremo, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, año quinto, tomo X, páginas 235 y 236. 1857.

¹²⁰ Son artículos de interés: Baró Pazos: “Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)” y “Los proyectos de Código Civil de iniciativa particular elaborados hasta el Proyecto de García Goyena. Escritos Jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez”. Lasso Gaité, “ Crónica de la Codificación Española. Codificación Civil”.

Marti Sánchez: “El contrato de sociedad en el Derecho codificado español, con especial referencia al Código Civil (Reflexiones en torno a su delimitación conceptual y funcional). Centenario del Código Civil”.

Tena Plazuelo, “Aproximación al origen histórico de la sociedad en el Derecho Romano”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

El Proyecto de Código Civil de 1851 es esencial para entender nuestro vigente Código y que pese a su sintonía con la Constitución de 1845, no prosperó. No se personificó a la sociedad civil, pero de ciertos artículos se puede deducir autonomía patrimonial de ésta. El ser persona moral, entiende García Goyena, conlleva que sea admisible esa autonomía patrimonial pese a no existir reconocimiento expreso e indubitado de esa personalidad jurídica en el texto. García Goyena estima, como ocurría en Francia, que la persona jurídica es imprescindible para justificar la preferencia concedida a los acreedores de la sociedad sobre los bienes sociales. En conclusión se configura una sociedad civil no personificada pese a algunos tímidos pasos sobre autonomía patrimonial. Por otra parte, no se alude en precepto alguno a las cuestiones que se insertarán en el artículo 1669.

En el plano civil esa personificación sucederá en el "Anteproyecto de 1888", con tímidos antecedentes previos. En el "Anteproyecto de 1882-1888" se encuentran los antecedentes de la regulación de la personificación de la sociedad civil, el primero de los títulos regula las sociedades sin personalidad donde la sociedad civil no constituye una personalidad jurídica distinta de la de los asociados por ello no será personificada como criterio general (esto ocurrirá también en el Code de 1804, el Codice de 1865 o el Código portugués de 1867), estamos ante la sociedad civil configurada al modo tradicional, como un contrato inter partes y sin que nazca un ente que actúe como tal frente a terceros. En el segundo título encontramos la regulación de las sociedades civiles que gozan de personalidad jurídica, artículos 47 a 55. Es la primera vez que un texto en nuestro país reconoce personalidad a la sociedad civil de modo expreso aunque la regla general sea la no personificación, la personalidad es excepcional y ligada al reconocimiento público expreso y revocable¹²¹.

El artículo 47 señalaba que "Las asociaciones de personas, formen o no sociedad civil, sólo constituyen una entidad jurídica, independiente de la personal de los individuos que las componen, cuando tienen dicho concepto por la ley o se forman con aprobación de la autoridad pública". El artículo 51, en armonía con esa personificación, indicaba que "los acreedores de la sociedad carecen de acción contra los socios en particular y sólo pueden reclamar contra la misma y cobrarse del fondo social". Aquí existe ente y será el que responda, como persona que es. La situación es opuesta a la del título dedicado a las sociedades sin personalidad donde los socios respondían de las deudas. No obstante "la concesión de la personalidad puede revocarse por la ley o por la autoridad que la ha otorgado" y "cuando la asociación es de exclusivo interés privado, puede acabar por la voluntad unánime de los socios, al no impedirlo alguna de las cláusulas de la concesión". Pero no se especifican las causas de privación de personalidad jurídica. El artículo 55, último dedicado al tema, indica que "las asociaciones que no constituyen una sociedad civil y las que no adquieran el concepto de persona jurídica según el artículo 46, se

¹²¹ Azurza: "Problemas de la sociedad civil".

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. En este caso serán considerados los socios, en los contratos con relación a terceros, como personas particulares".

Si comparamos dichos textos con el que el Código Civil de 1889¹²², aún vigente, dedica a la sociedad civil, realmente y de modo general, será en el título 1º, donde nuestros vigentes artículos (artículos 1665 a 1708) encuentren su precedente, salvo el artículo 1669 cuyo antecedente lo tiene en el artículo 55, ubicado en el título 2º, y el 1670 que permite que las sociedades civiles adopten formas mercantiles.

Conforme a la regulación vigente, toda sociedad civil gozará de personalidad, salvo que se encuadre en el supuesto de hecho del artículo 1669 Cc. La persona jurídica se configurará como imperfecta (gozará de personalidad jurídica básica, no plena) y la sociedad será una sociedad personalista, donde la identidad de cada socio es importante para el contrato social.

Esta personificación es novedosa en nuestro entorno, pues no se recogía así en los países de nuestra órbita más próxima. En Francia sólo se reconoció expresamente con la reforma del artículo 1842 del Code producida por la Ley de 4 de enero de 1978 por la presión doctrinal y jurisprudencial, en esa actitud se aprecia tanto la influencia romana como el prejuicio revolucionario hacia los cuerpos morales. En Portugal no se personifica a la sociedad civil. En Italia tampoco se personificó. En Alemania, a la sociedad civil tampoco se le reconoció expresamente personalidad jurídica, pese a que gozase de patrimonio diferenciado (ese patrimonio pertenece a los socios en mano común. En el Derecho alemán existe gran riqueza de figuras asociativas y la sentencia del Tribunal Federal alemán II ZR 331/00, de 29 de enero de 2001, ha provocado un importante cambio al enfocar la cuestión, y ahora no se duda de esa personificación de la sociedad civil.

Según la configuración clásica, la personalidad no se adquiere hasta que se inscriba en el Registro mercantil, momento en que se constituirá, pese a gozar desde antes de Estatutos. Sin embargo, hoy no se suele dudar de la personalidad de las sociedades irregulares, gracias a la influencia de opiniones como las de Girón Tena y otros autores posteriores. El profesor Paz-Ares reserva el formalismo para la óptica registral y no para la existencia de la sociedad misma ya que antes de la inscripción la sociedad goza de la personalidad básica descrita en el artículo 38 del Cc, pero después se convierte en persona jurídica perfecta, con separación patrimonial entre la persona jurídica y las personas que la integran. Así en la regulación de la sociedad anónima en formación, artículo 15 LSA, se dibuja una sociedad no inscrita en el Registro mercantil, pero con patrimonio propio.

¹²² Abellá: "Código civil español".

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Por tanto, el artículo 55 del Anteproyecto del Cc de 1882 remitía al régimen de la comunidad de bienes la regulación de las agrupaciones de personas que no hubieran celebrado el contrato de sociedad civil o que hubieran constituido una asociación sin personalidad. Este artículo contraponía sociedades con personalidad y comunidad de bienes y éstas, como sociedades sin personalidad tenían un tratamiento legal diferente respecto del régimen jurídico de la sociedad con personalidad. Posteriormente el Código Civil elabora un precepto confuso y ambiguo, creando dudas al añadir al texto que “los pactos se mantengan secretos o que los socios contraten en su propio nombre con terceros”. Es decir, el actual artículo 1669 señala que la sociedad civil carece de personalidad jurídica cuando se mantienen en secreto sus pactos y los socios contraten en su propio nombre con los terceros, que serían las denominadas sociedades internas, esto es, cuando al contratar con terceras personas los socios no manifiestan su condición de tales, de tal manera que actúan como si lo hiciesen en provecho o beneficio propio y no en nombre de la sociedad.

II.2.A.- LA INTRODUCCIÓN MATERIAL DEL ARTÍCULO 1669 EN EL CÓDIGO CIVIL.

El antecedente del artículo 1669 Cc. es el artículo 55 del "Anteproyecto" y entre el texto del Código Civil y el del "Anteproyecto" se ha producido una modificación radical, es una reforma tan súbita y profunda que generará problemas. El porqué de dicho cambio no aparece de modo claro y definitivo en nuestras fuentes ni la doctrina se ha ocupado del tema con detenimiento. Capilla Roncero alude a la existencia de un "movimiento de reacción a favor de la promoción de grupos sociales que, en general, evitaran la indefensión de los ciudadanos ante el omnipotente Estado y en lo económico canalizaran el desarrollo industrial de la España de la época, todo ello enmarcado en el nuevo aire de libertad efímera que se respira a partir del estallido de la Gloriosa revolución del año 68". De Castro alude a un "general entusiasmo por la persona jurídica", que anima a personificar también a las sociedades civiles en 1889, una vez que se logró con las mercantiles en 1885¹²³.

En el artículo 55 del anteproyecto de 1882-1888 como antecedente al artículo 1669 de Cc destacan dos tipos de sociedad estructuralmente diversos,

¹²³ Bercovitz Rodríguez-Cano: “Comentario al artículo 1669 Cc, dentro de Comentarios al Código civil”. Marín López “Comentario al artículo 1669 CC, en Comentarios al Código Civil”.

Nuñez Iglesias: “Comentario al artículo 1669 Cc. Código civil comentado y con jurisprudencia”.

Hernández Gil: “Comentario al artículo 1669 Cc”. Coordinados por Sierra Gil de la Cuesta dentro de Comentarios del Código Civil.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

debido a que las partes contratantes no pretenden lo mismo en ambos casos. Desde el punto de vista estructural son diferentes las sociedades sin personalidad, donde la voluntad de las partes es poner en común una serie de bienes o aportar un trabajo, con la intención de obtener un lucro, sin más y las sociedades en las que se pretende el reconocimiento de su personalidad, pues la intención de las partes será operar en el mercado como ente, se pretende que del contrato surja una persona jurídica y esto exige necesariamente intervención extraña a las partes, intervención pública, es lo que se denominará en el futuro una sociedad externa, aunque tendrá sus peculiaridades respecto de la sociedad externa del Código Civil, pues en el "Anteproyecto" la intervención pública, el reconocimiento, es imprescindible para adquirir esa personalidad jurídica, algo que no ocurrirá en el Código Civil. Al ser estructuralmente diversas, la regulación no puede ser idéntica para ambas sociedades.

La remisión al régimen de la comunidad de bienes es una de las cuestiones más polémicas del artículo 55, pues si no hay persona jurídica titular de dichos bienes, lo que existe es una cotitularidad respecto del patrimonio total aportado, que no puede corresponder a una persona jurídica inexistente. Por tanto, siempre que existiese ese patrimonio común debemos acudir al régimen de la comunidad de bienes. Una sociedad civil es una especie de comunidad de bienes peculiar, una comunidad contractual personificada. Se parte de la idea de que si existe una sociedad con un patrimonio común, ésta no es más que un supuesto especial de comunidad de bienes y si no goza de personalidad se regirá por dicho régimen y con esta regulación se puede también proteger al tercero

Lo que existe realmente es una masa destinada obligacionalmente a un fin, pues la voluntad de las partes no es en ningún momento constituir una comunidad de bienes sino constituir una sociedad y realizan las aportaciones oportunas para ello. No toda sociedad encierra una comunidad de bienes en su seno pero en casi toda sociedad existe una masa aportada por los socios. Además, esta remisión presenta un problema que no se planteó al insertarla y es si realmente el régimen de la comunidad sintoniza con la sociedad sin personalidad (problemas de responsabilidad frente a terceros, actuación en el mercado, etc.).

En este "Anteproyecto" la sociedad no se verá en él dotada de personalidad jurídica como criterio general y en ciertos casos puede reconocerse esa personalidad de modo excepcional y por parte del poder público. Además es posible que a ciertas sociedades civiles que lo pretendan no se les permita adquirir personalidad jurídica y esas sociedades se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Los socios de esa sociedad sin personalidad serán considerados en los contratos, con relación a terceros, como personas particulares. El régimen será el de la comunidad de bienes para aquellas asociaciones que no constituyan una sociedad civil y las asociaciones que no sean sociedades civiles se regirán por las normas de la comunidad de bienes .

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

El artículo 1669 fue introducido en la redacción del Código Civil a instancia del Abogado Germán Gamazo, destacado político liberal, al reconocer capacidad jurídica a toda sociedad en que el nombre de los socios o en que la personalidad de los socios no se vea confundida con la personalidad social. Para Gamazo la personalidad de las sociedades civiles radica en la publicidad de su existencia, una cuestión de hecho, sin necesidad de inscripción de ningún tipo salvo cuando se aportasen bienes inmuebles, en cuyo caso la escritura pública era fundamental. Se combinan dos artículos, el art. 35 y el 1.669, que se refieren al contrato de sociedad, el primero diciendo respecto de las sociedades de interés privado cuáles han de ser personas jurídicas y el segundo consignando que sólo carecen del carácter de personas jurídicas aquellas que exhiben al público la personalidad del socio y no la personalidad social.

El artículo 1669 se refiere a las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre las partes y en las que los socios contraten en su propio nombre con terceros. Esta sociedad no estará dotada de personalidad y la normativa de la comunidad de bienes es regulación básica para este grupo de personas.

El artículo 1669 Cc. se redacta en clave de personalidad jurídica, no de regulación de cuestiones de responsabilidad o de titularidad. En dicha redacción es evidente su clara división en dos párrafos diferenciables, el primero donde describe lo que entiende por sociedad sin personalidad y configura el supuesto de hecho y el segundo, donde remite al régimen de la comunidad de bienes. A sensu contrario es deducible el interés del legislador en dotar de personalidad a la sociedad civil en general. Se pasa del criterio de concesión excepcional de la personalidad jurídica existente en el "Anteproyecto" al criterio de reconocimiento general del Código Civil debido, entre otras cuestiones, a un "general entusiasmo por la persona jurídica". En ese reconocimiento no interviene actuación pública que conceda y revoque la misma, como en el "Anteproyecto" y la persona creada es imperfecta conforme al artículo 1698 Cc, no como en el "Anteproyecto" donde cuando existía era perfecta. En el resto de cuestiones se seguirán los cánones romanos causantes de que las sociedades civiles nacieran sin personalidad en todos los países de nuestro entorno.

No puede entenderse estrictamente este artículo sin atender a la desaparición de toda la regulación dedicada a las sociedades con personalidad del Anteproyecto, al atribuir personalidad a la sociedad civil como norma general y eliminar la necesidad de intervención pública para reconocer la personalidad a la sociedad civil, facilitándose más la misma.

El artículo 1669 Cc niega personalidad jurídica a las sociedades internas. Sólo será verdadera sociedad civil, que tendrá personalidad jurídica y se regulará por las disposiciones del Código Civil, la externa, aquella que como tal así se manifieste en el tráfico jurídico (actuación in nomine societatis) y cualquiera que fuera la forma en que se hubiese constituido. Lo que hace que una sociedad civil sea regular y tenga personalidad jurídica es que los pactos se hagan públicos

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

cuando sería suficiente con la simple invocación de la existencia de la sociedad y la actuación en su nombre para entender que la misma existe y tiene personalidad propia.

II.2.B.- LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Al poco tiempo de promulgarse el Código Civil la Dirección General de Registros y del Notariado (DRGN) reconoció la personalidad jurídica de la sociedad civil en dos Resoluciones, la Resolución de 30 de agosto de 1892 en un supuesto relativo a la constitución de una sociedad que tenía por objeto la explotación de unas minas en Linares (Jaén), el 13 de enero 1879, mediante escritura pública, considerando que dicha sociedad carecía del carácter de mercantil y la Resolución de 3 de febrero de 1898 que declaró expresamente que “las asociaciones de interés particular, ya sean civiles, mercantiles o industriales con arreglo al Código Civil, son verdaderas entidades o personas jurídicas independientes y distintas de la personalidad de cada uno de los asociados¹²⁴”.

La regla general existente en nuestro Derecho es que las sociedades civiles son personas jurídicas y las sociedades civiles no personificadas son la excepción a

¹²⁴ Algunos de los artículos que tocan este temas son:

“La personalidad jurídica de las sociedades civiles. A propósito de la RDGRN” de Aguirre Fernández.

“En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español” de Badía Salillas.

“Personalidad jurídica y registros públicos” de Bercovitz Rodriguez-Cano.

“Reflexiones en torno a la personalidad jurídica de las sociedades civiles (Comentario crítico a la RDGRN 31-3-1997)” de . Cabanas Trejo.

“La personalidad jurídica de la sociedad civil (A propósito de la RDGRN 31 de marzo de 1997)” de Eizaguirre.

” La personalidad jurídica de la sociedad civil según la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado” de Martínez Balmaseda.

“La personalidad jurídica de las sociedades civiles. Contra la resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997” de Pantaleón Prieto.

“Sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil” de Quesada Sanchez.

“La personalidad jurídica de la Sociedad Civil (A propósito del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000)” de Sánchez Cid.

“Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa” de Torres Perea.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

dicha regla. La posición predominante en la doctrina y en la jurisprudencia parece inclinarse por el reconocimiento de la personalidad jurídica a tales sociedades, con la excepción prevista en el artículo 1669 del Código Civil, que la niega a las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con los terceros. De ese precepto, interpretado “a sensu contrario” y en relación con los artículos 35.2 y 36 Cc. viene a inferirse que cuando los pactos sociales no se mantengan secretos entre los socios, la sociedad civil tendrá personalidad jurídica sin necesidad de inscripción en registro alguno. El elemento que ha de ser público y notorio es el vínculo societario preexistente, de tal modo que cualquiera que contrate con ella conozca a ciencia cierta con quien se está comprometiendo al asumir sus obligaciones y derechos. La consecuencia de que esa sociedad no goza de personalidad jurídica es que se regulará por el régimen de la comunidad de bienes.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de marzo de 2012, declaró que “nuestro sistema no exige la inscripción de las sociedades civiles en registro alguno y ni el art. 1669 del Cc ni el 35 del mismo Código supeditan a la inscripción el reconocimiento de la personalidad de las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados “.

El artículo 1669 del Código Civil distingue claramente entre sociedad interna, y sociedad externa. La «sociedad interna» se caracteriza por tratarse de una sociedad que ha sido estructurada como una mera relación obligatoria entre los socios, como un mero vínculo entre los asociados, careciendo de una organización para participar en el tráfico como sujeto del mismo, como una entidad subjetivada, mientras que la «sociedad externa» se caracteriza por la concurrencia en ella de ese elemento o aspecto de organización que exterioriza frente a terceros su existencia (la de la sociedad), como una entidad subjetivada, diferente de sus integrantes.

La sociedad civil sin personalidad es excepcional, conforme al artículo 1669 Cc y son dos los presupuestos que destaca este artículo de estas sociedades y son consecuencia de su configuración como sociedad interna. El primero de ellos es que los pactos permanezcan secretos entre los socios. El pacto secreto se refiere al pacto constitutivo de la sociedad, que permanece reservado entre las partes de tal modo que la propia existencia de la sociedad no es conocida por terceros a ella al operar en el mercado. El segundo factor es el de que cada uno de los socios "contrate en su propio nombre con los terceros". La clave es de configuración, la sociedad no aparecerá como ente en el mercado porque no existe, por lo que deben contratar los socios en su propio nombre, no en el de un ente inexistente.¹²⁵

¹²⁵ Quesada Sánchez: “La sociedad civil sin personalidad en el Derecho Español. Concepto y Régimen Jurídico”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Las sociedades civiles personificadas son las sociedades externas, mientras que las no personificadas son las denominadas sociedades civiles internas. La regla general será, por tanto, que toda sociedad sea, en principio externa y nazca dotada de personalidad, atributo natural de la misma, tal y como cabe deducir del propio Código Civil (artículos 1669 y 1679). Esa personalidad será la personalidad básica con la que nace la sociedad civil, definida en el artículo 38 Cc, que alude a la "capacidad para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales". La regulación del artículo 1669 Cc. sintoniza perfectamente con la concepción de la personalidad jurídica como emanación de la autonomía de la voluntad de las partes encuadrada dentro del marco legal, pese a que su redacción es manifiestamente mejorable ya que la autonomía de la voluntad debe tener ciertos límites.

La personalidad jurídica se define por la doctrina moderna como un mecanismo de imputación al grupo, formado por una pluralidad de personas, de todas las relaciones jurídicas activas y pasivas que le afectan¹²⁶. Al carecer de personalidad jurídica, la sociedad no posee un patrimonio propio, de ahí que los elementos patrimoniales sean titularidad de los socios y por ello queden sometidos a las normas de la comunidad.

Este criterio decisivo en principio, sin embargo no es determinante pues hay sociedades que carecen de personalidad jurídica y por ello no dejan de ser sociedades. Desde esta perspectiva, en el ámbito civil, todas las denominadas «sociedades externas» tienen personalidad jurídica propia por lo dispuesto en el artículo 1669 del Código Civil y las únicas sociedades carentes de personalidad jurídica propia son las que se han denominado «sociedades internas», las cuales no son posibles dentro de la rama mercantil, toda vez que todos los tipos de sociedades regulados por las leyes mercantiles son sociedades externas. En la sociedad interna la falta de personalidad es consecuencia de la decisión de los socios de mantener secretos los pactos entre ellos y de someterse al régimen específico previsto en la norma. La sociedad interna sigue siendo, por tanto, una sociedad pero sin operar como un sujeto de derecho independiente en el tráfico económico.

El Código Civil reconoce la personalidad jurídica de las sociedades (art. 35 Cc)¹²⁷, determinando un régimen general (art. 38 Cc) y remitiendo a las disposiciones relativas a cada tipo de sociedad (art. 36 Cc). La situación de comunidad no está comprendida en el ámbito de esta regulación y, por tanto, carece, con carácter general, de capacidad jurídica y de obrar. Las sociedades

¹²⁶ Gardeazábal del Río: «La sociedad en formación y la sociedad irregular», en Instituciones de Derecho Privado, coord. por J. F. Delgado de Miguel. 2004, p. 175.

¹²⁷ Sobre el fundamento constitucional de la personalidad jurídica de las sociedades, Gardeazábal del Río: «La sociedad en formación y la sociedad irregular», en Instituciones de Derecho Privado, coord. por J. F. Delgado de Miguel. p. 176.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

civiles regulares se rigen por las disposiciones contenidas en los artículos 1665 a 1708 del Código Civil, mientras que las sociedades civiles irregulares, por disposición expresa del artículo 1669 del Cc, se rigen por las disposiciones relativas a la Comunidad de Bienes (artículos 392 a 406 del Código Civil).

La intención de obtener lucro no es incompatible con la finalidad de las sociedades civiles, pues este elemento también define a éstas (art. 1.665 Cc) y así lo declaró, entre otras, la STS de 27 de enero de 1997.¹²⁸ Importantes grupos musicales representativos del pop español de finales del siglo pasado pueden ser calificados jurídicamente como sociedades civiles.

La transformación de la sociedad efectuada conforme a la ley no cambia la personalidad jurídica de la sociedad, que continuará subsistiendo bajo la forma nueva y los socios que en virtud de la transformación asuman cualquiera clase de responsabilidad personal por las deudas sociales responderán en la misma forma de las deudas anteriores a la transformación, así lo recoge la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2013, Contencioso-Administrativo, Recurso 248/2010.

Hay sentencias que entienden que la circunstancia de que una comunidad de bienes carezca de personalidad jurídica propia diversa a la que corresponde a cada uno de sus comuneros carece de relevancia suficiente para considerar la invalidez jurídica, sobre la base de la tenencia de una suficiente personalidad jurídica y correlativa capacidad de obrar por parte de quienes conforman esa comunidad de bienes, que se hacen responsables personalmente de su actividad y que se benefician en su propio nombre por más que actúen bajo el tamiz de un tercer nombre que no acoge una persona o entidad autónoma de atribución de tales beneficios y responsabilidades¹²⁹.

El Código Civil no contiene un precepto que atribuya expresamente personalidad jurídica, con carácter general, a las sociedades civiles. El artículo 35.2 del Cc reconoce personalidad jurídica a las asociaciones de interés particular sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley se la conceda con carácter independiente de la de cada uno de sus asociados. Sin embargo, los artículos 392 a 406 del mismo Código no reconocen a las comunidades de bienes personalidad jurídica propia, manteniendo los partícipes su personalidad jurídica en el seno de la comunidad.

En nuestro Ordenamiento, la personalidad jurídica no se configura como un elemento indispensable del concepto de sociedad, por lo que la constitución de entidades desprovistas de ese atributo o con limitaciones en el mismo es

¹²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 15 de junio de 2010, Recurso 76/2010.

¹²⁹ STSJ de la Comunidad de Valencia de 2 de octubre de 2002.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

perfectamente posible. Así se reconoce con toda claridad en el artículo 1669 Cc, que dispone que «no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros». Se trata de sociedades internas que establecen un vínculo obligatorio entre los socios sin trascendencia externa.

La causa de la falta de personalidad jurídica de las comunidades que ejercen una actividad se deriva del propio ordenamiento jurídico (imposibilidad de inscripción registral por no estar tipificada como ente jurídico inscribible), pero no de la voluntad de los partícipes. Es más, aunque no están sujetas a publicidad registral son objeto de publicidad desde su nacimiento. Se inscriben en distintos registros administrativos, actúan bajo una razón social, aunque actúen en su propio nombre, lo que se manifiesta en documentación, anuncios, etc.

El contrato de sociedad no tiene por qué celebrarse con determinadas solemnidades por lo que puede concertarse por el mero consentimiento,¹³⁰ sin necesidad de pacto expreso, bastando simplemente el ánimo de asociarse¹³¹.

Existe casi unanimidad doctrinal en la bibliografía española que en los últimos años ha estudiado específicamente la cuestión a favor de la personalidad jurídica de la sociedad civil no inscrita.¹³² Existen sentencias relevantes que han

¹³⁰ STS 12 julio 1996 [RJ 1996, 5885].

¹³¹ STS 21 junio 1990 [RJ 1990, 4800].

¹³² José Manuel de Torres Perea: “Alcance de la Personalidad Jurídica de Sociedad Civil Externa, Valencia, 2003 y en su artículo: “La personalidad jurídica de la Sociedad Civil Externa. Estudio comparativo de los ordenamientos español y alemán, págs. 1647-1656.

Antonio José Quesada Sánchez: “La Sociedad Civil sin Personalidad en el Derecho Español. Concepto y régimen jurídico”, Granada, 2007.

Ricardo Cabanas Trejo: Inscripción y Personalidad Jurídica. (Una lectura mercantil a la luz de la Constitución y de la legislación de asociaciones)”, Madrid, 2007.

Isidoro Antonio Calvo Vidal: “La persona Jurídica Societaria” y “La personalidad jurídica de la sociedad civil”, La Ley, Nº 7980, 2012. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 25 de junio de 2012, retoma el criterio que había mantenido en la resolución de 31 de marzo de 1997, negando la personalidad jurídica a las sociedades civiles en cuya constitución no se hubieran observado los requisitos formales que para las sociedades mercantiles dispone el Código de Comercio. Los nuevos argumentos esgrimidos atienden a los precedentes legislativos de los arts. 1669 y 1670 del Código Civil. Sin embargo, ninguno de los antecedentes invocados permite negar que la personalidad jurídica de la sociedad civil se despliegue desde que la voluntad de las partes en el contrato se concierte con esta finalidad, cualquiera que sea la forma en las que ésta se hubiera manifestado, dado el carácter institucional con el que el mismo se configura en el ordenamiento español.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

tratado la cuestión de la personalidad jurídica en los años 2012 y 2013, con independencia de su orden jurisdiccional, civil, contencioso o social, cuya conclusión es que la personalidad de la sociedad civil no inscrita es reconocida por los tribunales. La sentencia del Tribunal Supremo de 7-3-2012 considera que nuestro sistema no exige la inscripción de las sociedades civiles en registro alguno y ni el art. 1669 del Cc ni el 35 del mismo Código supeditan a la inscripción el reconocimiento de la personalidad de las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados". Lo declarado por tanto excluye el registro de la sociedad como requisito constitutivo de la personalidad jurídica de ésta¹³³.

Antonio José Quesada Sánchez: "La personificación de las sociedades civiles: Análisis histórico-jurídico del artículo 1669 del "código civil" español." Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2009, n.32.

Ricardo Cabanas Trejo, páginas 473 a 513 de su libro "Régimen de Gananciales y Concurso de la Persona Física", Barcelona, 2012.

¹³³ La Sentencia del TSJ de Andalucía, Sede de Sevilla, de 7 de febrero de 2013, Sala de lo Social, Recurso 1845/2011, ha declarado contundentemente que a pesar de que el debate sobre la personalidad jurídica de las sociedades civiles aún no está cerrado, la mayoría de la doctrina, con apoyo en la Jurisprudencia, viene en la actualidad asignando tal carácter a este tipo de uniones civiles, con la excepción prevista en el ya citado art. 1669 del Código Civil. Y ello ha sido así en aras de facilitar el tráfico económico, la sociedad civil para que opere adecuadamente en el mercado, debe obrar como persona jurídica. El indicado precepto viene a sentar que la personalidad jurídica de la sociedad civil es la regla general. La personalidad jurídica en las sociedades civiles se configura como imperfecta, gozará de personalidad jurídica básica, no plena(art. 1698 del Código Civil).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de diciembre de 2012, Civil, Recurso 251/2012, constata que el artículo 1.669 del Código Civil niega personalidad jurídica a las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con los terceros, desprendiéndose de este precepto, interpretado a sensu contrario y en relación con los arts 35.2 y 36 Cc, que cuando los pactos sociales no se mantengan secretos entre los socios, la sociedad civil tendrá personalidad jurídica sin necesidad de inscripción en el Registro, posibilidad ésta por otro lado inexistente en nuestro Derecho.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 13 de febrero de 2013, Civil, Recurso 655/2012, señala que la Jurisprudencia del TS, pese a que la sociedad civil no es sujeto inscribible en el Registro Mercantil, reitera la existencia de sociedades civiles irregulares cuando se incumple la formalidad de escritura pública en el caso del artículo 1667 Cc, esto es, que se aporten a la misma bienes inmuebles o derechos reales, pues para los demás casos el precepto establece "la sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma" basta el documento privado suscrito por los socios. El elemento que ha de ser público y notorio es el vínculo societario preexistente, de tal modo que cualquiera que contrate con ella conozca a ciencia cierta con quien se está comprometiendo al asumir sus obligaciones y derechos.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 26 de junio de 2012, Civil, Recurso 13272010, declaró que de acuerdo con el artículo 1.667 del Código Civil, la sociedad civil

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

En contra de la personalidad jurídica de la sociedad civil no inscrita se manifestaron algunos autores¹³⁴ que entienden que la ley exige con tal rigor esta publicidad, que niega personalidad jurídica a toda asociación que mantenga secretos sus pactos, pero no determina el modo de dar cumplimiento a esta publicidad. El Código no ha resuelto si se entenderá bastante publicidad la de los anuncios, prospectos, carteles, rótulos y demás medios a que ordinariamente se recurre para hacer notorio un hecho de esta naturaleza. Y la Ley no ha prescrito una forma general de publicidad porque no podía imponer una misma a toda clase de sociedades pues no toda sociedad se constituye en derecho civil por medio de escritura pública. No prescribe la Ley la manera de hacer públicos esos pactos y en su silencio no debe entenderse aplicable lo dispuesto por el Código de Comercio para las sociedades mercantiles, inscripción en los Registros públicos.

La opinión de que “las compañías civiles que no están sujetas a la solemnidad del registro civil, ni dan publicidad a las circunstancias relativas al capital con el que se constituyen y a la participación que tenga en él cada uno de los socios, el tercero no obliga a la sociedad, sino al socio o socios que particularmente celebren con él el contrato,¹³⁵ no tuvo continuidad.

Simonart¹³⁶ diferencia cuatro sistemas de personificación, en primer lugar, el sistema de la concesión, más propio de regímenes autoritarios, en el que la ley o

no puede ser irregular por defecto de forma, salvo, de acuerdo con la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de dos de diciembre de 1902, veinticuatro de abril de 1953, veintiuno de diciembre de 1955, veintiocho de enero de 1957, veintiuno de mayo de 1960), en el supuesto del siguiente artículo. La asignación del código de identificación fiscal por la Administración Tributaria no le atribuya personalidad jurídica sino que su obtención y uso, como la facturación a nombre de la sociedad, son indicativos de su actuación en el tráfico como tal sociedad y, por consiguiente, sin ocultación de su condición y contratando los socios en nombre de ella con los terceros (artículo 1.669, párrafo primero, "a contrario sensu", del citado Código). No obsta a ello la constitución en documento privado, dada la libertad de forma proclamada en el mentado artículo 1.667. La disolución de una sociedad no produce la extinción de su personalidad jurídica.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 15 de mayo de 2012, Civil, Recurso 717/2010, apreció que “El Tribunal Supremo, pese a que la sociedad civil no es sujeto inscribible en el Registro Mercantil, reitera la existencia de sociedades civiles irregulares cuando se incumple la formalidad de escritura pública en el caso del artículo 1667 Cc, esto es, que se aporten a la misma bienes inmuebles o derechos reales, pues para los demás casos el precepto establece "la sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma.

¹³⁴ Manuel Peña y Bernaldo de Quirós: “Derechos Reales. Derecho Hipotecario”, Tomo I, cuarta edición, Madrid, 2001, páginas 481 a 493, y El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888). Editorial: Colegios Notariales de España. 2006.

¹³⁵ Manuel Pedregal y Cañedo negó la personalidad jurídica de la sociedad civil en su obra “Texto y Comentarios al Código Civil Español”.

¹³⁶ Simonart: La personnalité morale en Droit Civile Comparé (Bruxelles, Bruylant, 1995), pp. 65-127.

la autoridad oportuna conceden la personalidad. En segundo lugar, el sistema formalista, a medio camino entre los otros tres, en el que no existe acto de reconocimiento, pero sí que se fijan ciertos requisitos formales, normalmente la inscripción del grupo en algún registro. El tercer sistema es el sistema de la libre constitución, todo grupo que cumple una serie de requisitos legalmente previstos adquiere la personalidad jurídica sin más, mientras que el último sistema es la teoría de la espontaneidad, por la cual hay grupos que naturalmente nacen como tales grupos, con independencia del legislador. Nuestro sistema legislativo se mueve dentro del tercero de los sistemas mencionados.

En resumen, la regla general en nuestro ordenamiento será la personificación de toda sociedad civil, mientras que la excepción es la sociedad civil que no goza de personalidad.

II.2.C.- LA PUBLICIDAD EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS SOCIEDADES CIVILES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA.

El reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles dio un giro importante con la Resolución de la DRGN de 31 marzo 1997¹³⁷, en la que se sostuvo que la personificación de la sociedad civil no podía hacerse depender de la publicidad de hecho de los pactos sociales, sino que requería de un instrumento oficial de publicidad establecido por la Ley, que no era otro que el Registro mercantil. Para la DGRN, con la exigencia de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil para que las sociedades civiles puedan ganar personalidad jurídica, se contribuye a dar seguridad, también en el ámbito civil, a las relaciones jurídicas. Además, el sometimiento de las sociedades de lucro, sea su objeto civil o mercantil, a una misma disciplina en cuanto a exigencias de constitución para tener personalidad jurídica, coordina con la tendencia, manifiesta en múltiples leyes, hacia la consecución de una cierta unificación del estatuto del empresario y de la empresa, sin distinguir entre empresas mercantiles y no mercantiles.

Tras la Resolución de la DRGN de 31 marzo 1997, la Disposición Adicional Única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, modificó el RD 1784/1996, de 19 de julio, que aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (RRM), para incorporar un nuevo apartado al artículo 81 RRM que incluyese entre los sujetos inscribibles en ese Registro las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil. Se introdujo también en el RRM el art. 269 bis, cuyo apartado 1 establecía que las sociedades civiles con forma mercantil serán objeto de inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubiera adoptado.

¹³⁷ RJ 1997, 2049), BOE núm. 100, de 26 de abril de 1997.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Estas modificaciones tuvieron poca vigencia, ya que la STS (Contencioso administrativo) de 24 de febrero de 2000¹³⁸ las anuló por razones de jerarquía normativa y reserva de ley, de modo que el debate sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles se recondujo a la situación anterior¹³⁹.

La Resolución de la DRGN de 14 de febrero de 2001¹⁴⁰ corrigió el criterio de la doctrina anterior y, aunque mantuvo la conveniencia de la inscripción de las sociedades civiles en un registro específico, admitió que el establecimiento de la publicidad registral, así como la subordinación del reconocimiento de personalidad jurídica de aquellas a dicha publicidad requieren necesariamente de una norma de rango legal que así lo imponga¹⁴¹. Estos cambios tendrán reflejo en el plano jurisprudencial.¹⁴²

No se puede mantener que una sociedad mercantil no inscrita carezca de personalidad jurídica¹⁴³. La personalidad jurídica como instrumento eficaz para la organización de las empresas y creación de un centro de imputación de relaciones jurídicas útil en el tráfico jurídico no queda limitada a los supuestos en los que se ha otorgado escritura pública de tal forma que del contrato, incluso aformal, cabe derivar cierto grado de personalidad.¹⁴⁴

Hay varias teorías sobre cómo se personifican las sociedades civiles:

¹³⁸ RJ 2000, 2888.

¹³⁹ Aparicio Carrillo: “Reflexiones sobre la posibilidad de que las sociedades civiles sean objeto de inscripción en el registro mercantil”. Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada. Arriba Fernández: “La sociedad civil no puede inscribirse (a propósito de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal supremo de 24 de febrero de 2000)”. Sequeira Martín: “La eficacia de la publicidad registral mercantil (Introducción histórica y Derecho Comparado)”.

¹⁴⁰ RJ 2002, 2154

¹⁴¹ Juan Arpio Santacruz: El régimen de la sociedad sin personalidad jurídica y su relación con el de la comunidad de bienes. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.1/2017 parte Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017.

¹⁴² Así, la STS (Civil) de 24 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 580) afirma que como sostiene la sentencia 957/2001 de 19 octubre (RJ 2001, 8649) la inscripción de la escritura fundacional en el Registro Mercantil tiene la condición de requisito constitutivo y en tanto no se cumpla la Sociedad carece de personalidad a determinados efectos.

¹⁴³ Así lo afirma también al Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 580).

¹⁴⁴ La misma idea se reitera en la STS (Civil) de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5269).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

•La primera de las teorías apuntada por De Castro asume la necesidad de inscripción de la sociedad civil en el Registro mercantil para reconocer su personalidad. Pretende una interpretación conjunta con la legislación mercantil, entendida del modo más clásico: la sociedad sin personalidad jurídica es la sociedad civil que no accedió al Registro Mercantil. Esta teoría no parece muy adecuada porque en ningún caso se establece ese deber genérico de inscripción en el Registro mercantil.

•Otra teoría parte de la necesidad de publicidad registral y se basa en la utilización del Registro de la Propiedad a estos efectos. Es la idea de Hernández Mancha pero no es una teoría sólida.

•La teoría de la publicidad de hecho, mayoritariamente seguida hasta hace poco tiempo, ha sido defendida por Capilla Roncero y por los primeros comentaristas del Cc. Ya la apuntaba Thaller diciendo que "no habiendo publicidad organizada por la ley, es la publicidad de hecho la que se aplicará". Defiende que el artículo 1669 Cc exige en su tenor literal la publicidad de la sociedad ya que alude a sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios. La publicidad que se exige podría ser la publicidad de derecho derivada de la inscripción en el Registro oportuno, sin embargo, dicha necesidad no se recoge expresamente en el Código Civil, por lo que no puede defenderse su admisibilidad. De esa falta de regulación se deduce que la misma debe ser de hecho, derivada del conocimiento de la sociedad en el mercado.

Esta publicidad de hecho, no definida legal ni jurisprudencialmente, es aquella derivada del conocimiento de la existencia de tal sociedad en el tráfico en que se inserte. Esto se conseguirá, generalmente, a través de la constante reiteración por parte de los socios de que contratan por cuenta de la sociedad, cuando entablen relaciones con terceros a la misma, esto es, a través de la actividad de la sociedad en el mercado operando como tal grupo independiente de los socios. Además, también se puede obtener por medios de publicidad útiles en el mercado en que opere esa sociedad, medios que concedan difusión a la existencia de la sociedad (inserción de anuncios en medios de comunicación, en la prensa especializada del sector, en vallas publicitarias, etc.). Hay quien alude a "publicidad suficiente", entendiendo por ésta "cualquier medio por el que se comunique a los terceros la existencia de la sociedad y su contenido." Por lo tanto, esta corriente doctrinal defiende mecanismos extrarregistrales para que la sociedad sea conocida como tal, y a ellos debe estarse para que esa sociedad reúna los requisitos de publicidad necesarios.¹⁴⁵

¹⁴⁵ En relación con la publicidad pueden ser de interés, entre otros, los siguientes artículos: "Reflexiones sobre la posibilidad de que las sociedades civiles sean objeto de inscripción en el registro mercantil. Homenaje al Profesor Bernardo Moreno" de Aparicio Carrillo. "La sociedad civil no puede inscribirse (a propósito de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal supremo de 24 de febrero de 2000)" de Arriba Fernández. "La titularidad registral en las sociedades civiles" de J.M.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Esta teoría también es rechazada. En primer lugar, la idea de que la adquisición de personalidad va unida en todo caso al cumplimiento de algún tipo de publicidad no rige para todos los casos, por ejemplo, las asociaciones del artículo 22.3 de la Constitución. La publicidad de hecho es un requisito demasiado sutil como para elevarlo a la categoría de necesidad general y basar en ello la existencia de una persona jurídica. Puede ser verdaderamente problemático porque no se aclara adecuadamente cómo se satisface ese requisito publicitario y, sobre todo, ante quién. Puede ser conocido por unos y no por otros operadores, y ello implicaría, dado que no se objetivizan estas ideas, que ante unos terceros se goce de personalidad jurídica pero no ante otros, dependiendo en último término de si existió dicha publicidad en relación al mismo, generando gran inseguridad. La sociedad, según esta visión, puede adquirir y perder su personalidad según se conduzca en el mercado, dependiendo de su forma de relacionarse con los terceros. ¿En qué momento se dejaría de gozar de la personalidad jurídica? ¿Se puede comenzar la existencia sin personalidad jurídica, pues no existe publicidad de hecho de la sociedad, después adquirirse, pues ésta se produce, y con posterioridad perderse nuevamente, porque se empiece a actuar del modo descrito en el artículo 1669? La inseguridad, por tanto, es total.

- Otra tesis es mantener la existencia de la sociedad sin personalidad como sociedad irregular por no cubrir los requisitos formales de los artículos 1667 y 1668 Cc. Esta tesis está poco fundamentada.

- La tesis cada vez más mayoritaria, teniendo en cuenta la deficiente redacción del artículo 1669 Cc, es la visión estructuralista de la cuestión, defendida por autores como Paz-Ares y Pantaleón Prieto. La personalidad jurídica de la sociedad depende de la voluntad de las partes y no es necesaria publicidad alguna para que una sociedad aparezca dotada de personalidad ya que el dato realmente importante a estos efectos es el estructural. Goza de personalidad jurídica la sociedad estructurada contractualmente por las partes como organización, configurada para tener operaciones con terceros (sociedad externa), mientras que la sociedad interna es simplemente una relación inter partes, estructurada como mero vínculo y que no goza de personalidad. Para que sea interna, la voluntad negocial debe manifestarse de modo claro en ese sentido, generalmente mediante el establecimiento de alguna cláusula de ocultación o de representación indirecta.

La personalidad es atributo natural de toda sociedad externa, existe desde la perfección del contrato y no se deriva del cumplimiento de requisito alguno de publicidad. El criterio de distinción no está en la publicidad o falta de publicidad de la sociedad en el tráfico sino en la estructura con que las partes diseñen a dicha sociedad, con independencia de la forma. Las partes quieren la creación del ente y actúan en consecuencia. En principio todas las sociedades civiles son externas y,

García García. “La inscripción de las sociedades civiles en el Registro mercantil español” de García Villaverde.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

por tanto, dotadas de personalidad jurídica, pues eso pretende el Código Civil. Se dota de personalidad a aquella sociedad que la necesita, porque operará en el tráfico jurídico como tal ente frente a terceros, y ello no ocurrirá cuando, por no existir intención en las partes de operar como ente en el tráfico jurídico, la sociedad regula solamente relaciones internas entre ellas. Para esta teoría, la personalidad jurídica es un atributo que se orienta más a las propias partes que a proteger presuntos intereses de terceros.

Por ello, la sociedad que describe el artículo 1669 Cc. es lo que denomina Paz-Ares sociedad interna, con todo lo que implica, y que el Tribunal Supremo indicará en algunas de sus sentencias. Estamos ante un contrato meramente interno entre las partes, una sociedad concebida para no tener relaciones con terceros como tal sociedad, y en la que las partes mantienen sus pactos ocultos y contratan en su propio nombre con terceros, precisamente porque no existe la intención de actuar como sociedad.

En conclusión, conforme a la regulación genérica del Código Civil, toda sociedad civil será, en principio, externa, y nacerá dotada de personalidad jurídica básica, salvo que se configure expresamente como sociedad interna. Por tanto, la personificación de las sociedades civiles se realiza al margen de inscripción alguna en el Registro Mercantil o en cualquier otro Registro. La doctrina entiende que la exigencia relativa a la publicación de los pactos se refiere a que los terceros conozcan, no los pactos sociales en sí, sino la existencia de la sociedad, lo que podrá suceder por el hecho de que la revele el socio al contratar con los terceros.

Se ganaría en claridad y seguridad jurídica si se modificara la redacción del art. 1669 Cc y se incidiera más en la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes de no crear un ente, antes que en las consecuencias de dicha configuración, por ejemplo, un precepto que indicara expresamente que no gozan de personalidad jurídica aquellas sociedades en las que las partes no han querido constituir una persona jurídica. Aun así, la lectura del precepto parece posible y correcta aunque en el primero de los casos se haya expresado de modo deficiente, porque la alusión a que “los pactos que se mantengan secretos entre los socios” no va referida literalmente a dichos pactos sino a la reserva de la existencia de la propia sociedad.

II.3.- LAS SOCIEDADES IRREGULARES

La comunidad que ejerce una actividad empresarial, con carácter general, se constituye en documento público (ante Notario) o privado, si bien no puede acceder al Registro Mercantil al no ser sujetos sometidos a inscripción. La no inscripción no va a afectar a la validez de las sociedades si bien no se puede admitir que se rijan por el régimen previsto para un tipo específico de sociedad mercantil. La sociedad no inscrita no deja de tener personalidad jurídica, lo que la publicidad registral le confiere es la personalidad jurídica del tipo concreto elegido en su constitución (art.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

33 LSC). Las consecuencias de la falta de inscripción, no afectan a la personalidad jurídica¹⁴⁶, sino que se limitan al ámbito de la publicidad y de la responsabilidad, la no oposición frente a terceros de buena fe de los pactos sociales contrarios a las normas legales de derecho positivo y la no posibilidad de limitar la responsabilidad al no tener constancia de la garantía que la sociedad ofrece (el capital aportado).

El Código de Comercio exige dos requisitos para constituir una sociedad mercantil: la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil (art. 119). Las sociedades que no cumplen con estos requisitos y, en concreto, con la inscripción registral se denominan sociedades irregulares, que son definidas como sociedades con objeto mercantil que actúa frente a terceros¹⁴⁷ sin intención de inscribirse.

Sociedades en las que existe un contrato social, entre varias personas, no inscrito y que no va a ser sometida a inscripción registral¹⁴⁸. Sociedad irregular como sociedad de capital que no sólo no se ha inscrito sino que se ha verificado la voluntad de no inscribirla o se ha dejado transcurrir un año desde el otorgamiento de la escritura de constitución¹⁴⁹. En estos casos se le aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil, si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones. En consecuencia, la sociedad devenida irregular conserva cierta personificación.

La doctrina y la jurisprudencia admiten de manera unánime que el régimen aplicable a estas sociedades no inscritas (irregulares) es el de la sociedad colectiva¹⁵⁰, por ser la sociedad general del tráfico mercantil¹⁵¹ cuando se da el

¹⁴⁶ STS, 1.ª, núm. 740/2010 y las resoluciones citadas.

¹⁴⁷ La sociedad debe actuar frente a terceros como una mediante signos externos o hechos concluyentes (publicidad de hecho), pues en caso contrario no se estaría ante un supuesto de irregularidad sino de sociedad interna (v. epígrafe III, D).

¹⁴⁸ Valpuesta Gastaminza: “La sociedad Irregular”, RdS monografías, Aranzadi, Pamplona, 1995.

¹⁴⁹ Art. 16 de la Ley de Sociedades Anónimas, también aplicable a las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

¹⁵⁰ Paz Ares se basa en lo que denomina principio de imposición de formas, para determinar la adscripción forzosa de las realidades asociativas que no quedan cubiertas por un tipo especial al tipo general, la «reconducción forzosa de las sociedades efectivamente practicadas al tipo general de la sociedad colectiva». Curso de Derecho Mercantil, I, eds. 1ª y 2ª. Aurelio Menéndez Menéndez, Juan Luis Iglesias Prada, Rodrigo Uría González, et al. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1999-2006, p. 508.

Paz-Ares. La sociedad mercantil: “La sociedad mercantil: mercantilidad e irregularidad de las sociedades”. En Uría Menéndez, Curso de Derecho mercantil I, eds. 1ª y 2ª. Aurelio Menéndez Menéndez, Juan Luis Iglesias Prada, Rodrigo Uría González, et al. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

presupuesto objetivo de ejercicio del comercio¹⁵² y por contener la regulación más protectora de los intereses de los terceros con los que se relaciona (art. 127 C co).

Paz-Ares: “La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica. Las cuentas en participación”. En Uría Menéndez, Curso de Derecho mercantil I, eds. 1.^a y 2.^a. Aurelio Menéndez Menéndez, Juan Luis Iglesias Prada, Rodrigo Uría González, et al. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

También Valpuesta Gastaminza trata la conversión a sociedad colectiva, en: “La sociedad irregular”, RdS monografías, Aranzadi, Pamplona, 1995.

¹⁵¹ Paz Ares define a la sociedad colectiva como sociedad general del tráfico mercantil, de manera que sus normas se aplican no sólo a las sociedades expresamente constituidas como colectivas, sino también a las sociedades contraídas tácitamente sin nomen iuris (por ejemplo, a una comunidad hereditaria que prosigue indefinidamente la explotación de la empresa del difunto) y a aquellas otras sociedades que, no obstante haberse constituido con un determinado nomen iuris, no pueden subsistir bajo la forma elegida (como las comunidades de bienes y las sociedades civiles constituidas para la explotación de una actividad mercantil), en “La sociedad colectiva: introducción y administración”. Cándido Paz-Ares. En Uría Menéndez, Curso de Derecho mercantil I, eds. 1.^a y 2.^a. Aurelio Menéndez Menéndez, Juan Luis Iglesias Prada, Rodrigo Uría González, et al. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1999-2006, p. 574.

¹⁵² La doctrina matiza la normativa a aplicar según el objeto: si el objeto es empresarial será el régimen de la sociedad colectiva, el objeto no empresarial se rige por el régimen de la sociedad civil.

Paz Ares: Las sociedades mercantiles, en Menéndez Rojo, A. (dirs), Lecciones de Derecho Mercantil.

Miquel Gonzalez: “Comunidad de Bienes” en Enciclopedia Jurídica Básica.

Embid Irujo “La sociedad irregular en X Seminario de Estudios sobre la Fe Pública mercantil” y “Calificación jurídica de la sociedad irregular. Comentario a la STS (Sala 1^a) de 6 de octubre de 1990”.

Farias Batlle: “Breve perspectiva jurisprudencial de las sociedades irregulares”.

García Villaverde: “Sociedades irregulares. Cuadernos de Derecho y Comercio”.

Gardeázabal del Río: “La sociedad en formación y la sociedad irregular”, coord. por Delgado de Míguelen Instituciones de Derecho Privado.

Girón Tena: “Las sociedades irregulares. Recopilado en Estudios de Derecho Mercantil. Revista de Derecho Privado”.

Martínez Sanz: “Consideraciones en torno a la sociedad irregular. Comentario a la STS (Sala 1^a) de 9 de marzo de 1992”.

Oliva Santos: “La sociedad irregular mercantil en el proceso. Ortega Pardo: “Sociedad civil irregular”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Además se fija una garantía adicional, la responsabilidad solidaria de los encargados de la gestión social por las operaciones que en nombre de la sociedad hayan contratado con terceros (art. 120 Cco), como medida de protección de los terceros.

La jurisprudencia del TS, en numerosas sentencias¹⁵³, reitera la existencia de sociedades civiles irregulares cuando se incumple las exigencias de forma que están obligadas a observar, o que no dan publicidad a sus pactos y deciden mantenerlos reservados (la formalidad de escritura pública en el caso del artículo 1667 del Código Civil, es decir, cuando se aporten a la misma bienes inmuebles o derechos reales), pues para los demás casos la sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma. Pero no caben conceptualmente las sociedades civiles irregulares. La irregularidad es una noción estrictamente registral y por ende mercantil y por tanto, si las sociedades civiles no se pueden registrar, malamente podremos hablar de sociedad civil irregular. El propio TS¹⁵⁴ ha afirmado en alguna ocasión que «si por sociedades irregulares deben entenderse las que debiendo ser inscritas no lo son, al no ser exigible a las sociedades civiles difícilmente cabe sostener que las mismas tienen carácter irregular». Ha de tenerse en cuenta, asimismo, que una sociedad civil podrá ser también mercantil si su objeto tiene naturaleza mercantil y que de conformidad con el artículo 119 del Código de Comercio, para que adquiera personalidad jurídica, ha de otorgarse escritura pública y proceder a la inscripción en el Registro Mercantil.

Nacida por voluntad negocial una sociedad civil, irregular por falta de elementos formales, quede sometida totalmente en su estructura y sobre todo en sus efectos económicos y patrimoniales no al régimen de la copropiedad sino a lo convenido; lo que en definitiva significa que en las relaciones sociales internas habrá de aplicarse íntegramente el régimen de la sociedad creada, el convencional o el establecido en el título VIII del Libro cuarto del Código Civil¹⁵⁵. Deben ser aplicadas las normas de la sociedad aunque con efecto exclusivo entre los socios.

Entre la comunidad ordinaria de bienes y la sociedad civil irregular existe cierta relación dada por la disposición legal del art. 1669 del Cc, que remite la

Tena Piazuelo: “El concepto de sociedad civil irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo” y “El contrato de sociedad civil y las sociedades irregulares en los derechos español, francés e italiano”.

¹⁵³ Sentencias de 10 abril 1978, 5 de julio de 1982, 30 de abril de 1986, 24 de junio de 1988, 21 junio, 30 octubre y 17 diciembre de 1990, 30 de septiembre de 1991 y 27 de mayo de 1993, entre otras muchas.

¹⁵⁴ Sentencia de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5269).

¹⁵⁵ Sentencia de 5 de julio de 1982 (RJ 1982, 4216). También, en el mismo sentido, la STS (Civil) de 5 de julio de 1982 (RJ 1982, 4216) ; y STS (Civil) de 24 de julio de 1993 (RJ 1993, 6479).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

regulación interna de esas sociedades a la de la comunidad de bienes, cuando las primeras carezcan de personalidad jurídica.

Al margen de la atribución de personalidad jurídica por la inscripción, si se comparan los caracteres de las comunidades que ejercen una actividad empresarial con los de la sociedad irregular, se puede observar que comparten una misma estructura: a) desarrollo de una actividad mercantil; b) fundamento en un contrato regulador y organizador de la actividad; c) contrato no inscrito; d) actuación en el tráfico económico frente a terceros como un único sujeto; e) responsabilidad por las deudas comunes agravada.

Durante mucho tiempo la doctrina ha venido negando el reconocimiento de la personalidad jurídica a las sociedades mercantiles no inscritas, con consecuencias importantes cuando afectaba a sociedades que habían intervenido en el tráfico, dado que, en principio, suponía la invalidez de los actos y contratos que la sociedad hubiere celebrado con terceras personas y generaba la responsabilidad de los gestores de la sociedad, ex artículo 120 Cco por los actos realizados en nombre de la misma. En estos casos, hay pronunciamientos de nuestros Tribunales negando la personalidad jurídica a la sociedad mercantil irregular pero, a su vez, declarando subsistentes los actos y contratos realizados por ella durante la irregularidad y responsabilizando de los mismos a los socios conforme a las reglas de la sociedad colectiva¹⁵⁶.

La DGRN¹⁵⁷ sostiene que de ciertos preceptos legales de reciente promulgación resulta que las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica o, al menos, de personalidad suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones. La primera normativa a aplicar a las sociedades irregulares será la que deriva de los pactos acordados entre los socios¹⁵⁸.

Las sociedades en formación e irregulares, a pesar de no tener la personalidad propia del tipo social elegido, tienen cierta personalidad (o personificación) jurídica que se pone de manifiesto especialmente en la validez de los contratos celebrados en nombre de la misma por sus gestores o administradores, pero cuyo alcance y efectos deben ser estudiados y determinados en cada caso, ello no es óbice para que adolezca de importantes limitaciones. Por ejemplo, en

¹⁵⁶ A esta línea jurisprudencial pertenece, por ejemplo, la STS (Civil) 19 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 382).

¹⁵⁷ Resolución de 14 de febrero de 2001 (RJ 2002, 2154), BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2001.

¹⁵⁸ De ahí que la STS (Cont.-Administrativo) de 28 de mayo de 2013 (RJ 2013, 4544).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

sentencia contencioso administrativo de 30 de marzo de 2005¹⁵⁹ el TS ha anulado un signo distintivo solicitado por una sociedad irregular por no tener la condición de persona y carecer, por tanto, de legitimación. Asimismo, la Resolución de la DGRN de 21 de mayo de 2013¹⁶⁰ ha confirmado la negativa de una Registradora a inscribir un inmueble en el Registro de la Propiedad a nombre de una sociedad irregular mercantil (aunque denominada civil por las partes) por no haberse constituido conforme a los requisitos y formas establecidos en el Cco.

No obstante, la normativa societaria reconoce cierta personificación jurídica, capacidad para llevar a cabo eficazmente determinados actos, a las llamadas sociedades en formación, es decir, a las sociedades que todavía no han culminado el proceso constitutivo con la inscripción registral aunque los socios tienen la intención de hacerlo.

La falta de personalidad jurídica en las sociedades civiles da lugar a las llamadas «sociedades irregulares» o «sociedades de hecho», en las que hay que distinguir, el punto de vista interno o de los socios, en que rigen los pactos establecidos entre ellos y el punto de vista externo, en que las relaciones jurídicas se entablarán entre los socios y las personas con quienes éstos hayan contratado, a las que se aplica las normas de la comunidad de bienes al no serles oponible el régimen de la sociedad civil al desconocer su existencia como consecuencia de la ausencia de publicidad, salvo que ese tercero tuviere noticias por cualquier medio o forma, de la existencia del pacto social en cuyo caso sí le afecta el contrato social. Pero la normativa societaria no exige con carácter general requisitos especiales de forma y publicidad para constituir regularmente una sociedad civil. Solo en el supuesto de que se aporten bienes inmuebles o derechos reales exige el Código Civil que la sociedad se constituya en escritura pública (artículo 1667 Cc). La falta de escritura no afecta a la existencia de la sociedad ni a la eficacia interna de sus pactos ya que la ausencia de escritura pública ha de entenderse que opera frente a terceros y no inter partes.

La doctrina científica y la jurisprudencia acepta que, materialmente, una comunidad de bienes dinámica o funcional, esto es, orientada al desarrollo en común de una actividad económica en el tráfico, puede y posiblemente debe equipararse a una sociedad irregular civil o mercantil (en función de la naturaleza de la actividad)¹⁶¹ por no estar inscrita como tal en el Registro, no pudiendo prosperar el intento de las partes de constituir una comunidad. Pero, en cualquier caso, para que haya sociedad, sea o no irregular, hace falta ese ánimo de asociarse o

¹⁵⁹ RJ 2005, 2617.

¹⁶⁰ RJ 2013, 4857) , BOE núm. 153, de 27 de junio de 2013.

¹⁶¹ Audiencia Provincial de Islas Baleares (sección 5ª). Sentencia núm. 22/2012 de 18 de enero.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

lo que es igual, un propósito de actividad duradera en beneficio común, compartiendo los socios la aportación de medios, la responsabilidad, los resultados favorables o adversos y la dirección del trabajo.

En una sociedad de carácter irregular, por aplicación del art. 120 del Cco, los encargados de su gestión serán solidariamente responsables ante terceros con quienes hubiera contratado en nombre de la misma. Se trata de una sociedad mercantil irregular del art. 116 del Cco en relación con el art. 1670 del Cc.

Dice la STS de 3 diciembre de 1959¹⁶² que las sociedades irregulares o de hecho, que tienen voluntad de unión o *affectio societatis* se rigen inter partes por lo pactado (artículos 1255 y 392, párrafo 2.º del Código Civil¹⁶³ «La “*affectio*” consiste en la suma de dos voluntades, la voluntad de unión, “primer elemento esencial de la causa del contrato de sociedad, y la voluntad de poner en común ciertos riesgos, tanto los de pérdida como los de ganancia¹⁶⁴”.

La doctrina del TS tiene declarado que las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado y, por tener una notoria actividad mercantil, han de regirse por las normas de la sociedad colectiva, respecto de terceros y por sus pactos, entre los socios o, en su defecto, las normas de la copropiedad¹⁶⁵ y, de conformidad con lo regulado en el art. 127 del Código de Comercio, todos los socios que formen la Compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos los bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla.

La carencia de capacidad procesal activa, como actor, (art. 6 de la LEC) conlleva que no estén legitimadas activamente para demandar, como si fuera una personalidad independiente, sino que siempre deberá actuar el miembro de esa sociedad que, según los pactos internos ostente la representación frente a terceros, en beneficio de esa sociedad irregular o cualesquiera de ellos, en defecto de tales pactos (art. 1695 y ss. del Cc). En ello se asimilan a las comunidades de bienes propiamente dichas en las que cualquiera de los comuneros puede demandar, ejercitando una de las facultades que integran el derecho en comunidad, por sí solo,

¹⁶² RJ 1959, 4481.

¹⁶³ Éste es el criterio seguido en la STS (Civil) de 30 de abril de 1986 (RJ 1986, 2068). [Sentencias de 14 de junio de 1962 (RJ 1962, 3170) , 3 de abril (RJ 1982, 1938) y 19 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 6549) y 17 de septiembre de 1984 (RJ 1984, 4298), entre otras.

¹⁶⁴ STS de 12 de julio de 1996(RJ 1996,5885).

¹⁶⁵ Sentencias 16-3-1989; 20-2-1988.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

si lo hace en beneficio de la comunidad (incluso aunque no lo diga de manera expresa, pues debe entenderse que acciona en beneficio de la comunidad) y no consta la oposición de comuneros representativos del cincuenta por ciento o más de los intereses.

Sin embargo no es aplicable a la sociedad irregular, dada la responsabilidad solidaria de sus miembros, la restricción de efectos del juicio que la Jurisprudencia le concede respecto de los comuneros, esto es que la consecuencia de los efectos de la sentencia favorable alcanzarán a todos los demás comuneros a los que no perjudicará la desfavorable¹⁶⁶.

No se reconoce a las sociedades irregulares la capacidad de ser parte dado que no son personas jurídicas, ni tampoco son masas patrimoniales o patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular (bienes de las personas declaradas ausentes y herencia yacente) o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración (incapacitados) ni entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte.

No obstante, la LEC, recogiendo el sentir mayoritario de la doctrina, admite la capacidad para ser parte de determinados entes sin personalidad jurídica (comunidades de propietarios, sociedades irregulares, uniones sin personalidad) que podrán ser demandados. Tienen capacidad procesal pasiva, como demandados, así el art. 6.2 de la LEC dispone que “sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado”. Se refiere exclusivamente a su capacidad para ser demandadas, no como demandantes. Conclusión que es corroborada por lo establecido en el art. 7º, cuando en su número 7 dice que “por las entidades sin personalidad comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros”.

II.4- LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER CIVIL O MERCANTIL DE LAS SOCIEDADES.

El artículo 1670 Cc dice que "*las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Cco*" pero ¿son posibles en nuestro derecho las sociedades civiles con objeto mercantil?¹⁶⁷.

¹⁶⁶ STS de 10/4/2003, 18/11/2000 y 7/12/1999, entre otras.

¹⁶⁷ Para el legislador a partir de 2016 las sociedades civiles con objeto mercantil tributan en el Impuesto sobre Sociedades.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La legislación civil (art. 1.670 del Cc) permite la constitución de sociedades civiles con forma mercantil pero en modo alguno la legislación mercantil autoriza la constitución de sociedades de objeto mercantil con forma civil (art. 122 del Cco). No siendo los elementos formales, sino el objeto social lo que determina la calificación de una sociedad como civil o mercantil. Una sociedad civil podrá ser también mercantil si su objeto tiene naturaleza mercantil y el art. 1.670 del Código Civil dispone que las Sociedades civiles puedan revestir las formas reconocidas por el Código de Comercio, si bien el art. 119 de este Código exige para que la Sociedad Mercantil adquiera personalidad jurídica, escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil. Lo mismo se desprende del art. 116 del mismo texto legal, a cuyo tenor la compañía mercantil solo tendrá personalidad jurídica después de constituirse con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio. Sólo cabe exigir con rigor el cumplimiento del deber de inscripción y de constitución mediante documento público de las denominadas mercantiles.

La sociedad civil cuando se constituye con un objeto claramente mercantil, para adquirir su personalidad mercantil, precisa escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, de forma que no respetando las formalidades recogidas en el art. 119 del Cco (escritura pública e inscripción), cabría hablar de una sociedad irregular sin personalidad jurídica propia y de aplicación la normativa de las sociedades colectivas que de modo específico contempla el Código de Comercio¹⁶⁸ y por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes según indica el art. 1669 del Cc.

Se puede pensar que si hay actividades mercantiles, con independencia de su denominación, la sociedad constituida tiene carácter mercantil por lo que, no estando inscrita en el Registro Mercantil carece de personalidad jurídica, sin que la voluntad de los socios sea determinante en cuanto a la forma societaria, dado que nos podemos encontrar en un fraude de ley, al eludirse con ello la obligación de cumplir determinados requisitos indispensables para que la sociedad, como entidad mercantil, tenga personalidad jurídica, como puede ser la necesidad de un capital mínimo u otros requisitos que la ley puede exigir y que va a ser objeto de control al momento de la presentación en el Registro Mercantil y de obligatorio cumplimiento para proceder a la inscripción.¹⁶⁹ Todo contrato por el que se constituye una sociedad cuyo objeto sea la realización de actividades empresariales, tiene naturaleza mercantil, como resulta de los artículos 2, 116, 117 y 124 del Código de Comercio y del mismo artículo 1670 del Código Civil y, por tanto, la sociedad quedará sujeta, en primer lugar, a las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, de acuerdo con sus artículos 2 y 50 y con lo establecido en los artículos 35 y 36 del Código Civil, sin que para eludir la aplicación de las reglas mercantiles

¹⁶⁸ SSTs de 28 de abril de 1998 y 14 de diciembre de 1999, entre otras.

¹⁶⁹ Sentencia de la AP de Alicante, Sede de Elche, de 21 de marzo de 2011, Recurso 955/2011.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

de las sociedades sea suficiente la expresa voluntad de los socios de acogerse al régimen de la sociedad civil, pues las normas mercantiles aplicables son, muchas de ellas, de carácter imperativo por estar dictadas en interés de terceros o del tráfico, como ocurre con las que regulan el régimen de los órganos sociales, la responsabilidad de la sociedad, de los socios y de los encargados de la gestión social, la prescripción de las acciones o el estatuto del comerciante (contabilidad mercantil, calificación de las actividades empresariales, etc.).¹⁷⁰

La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sede de Elche, sala civil, de 21 de marzo de 2012, Recurso 955/2011, declaró que si nos encontráramos ante una sociedad civil con personalidad jurídica resultarían de aplicación los artículos 1.665 y ss del Código Civil, pero a una sociedad mercantil irregular le son aplicables las normas de la sociedad colectiva, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 127 del Código de Comercio, en virtud del cual los socios, sean o no gestores de la misma, están obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla, por lo que los socios deben responder solidariamente de las deudas ante terceros, sin perjuicio de los pactos existentes entre ellos.

Por tanto, en la regulación vigente, contenida en el Código Civil (artículo 1670), el Código de Comercio (artículos 119 y 122) y las leyes reguladoras de determinados tipos societarios, la determinación del carácter civil o mercantil de las sociedades se realiza mediante la combinación de dos criterios distintos, que son:

a) El criterio del objeto: las sociedades que se dediquen a una actividad mercantil deben constituirse con arreglo a un tipo mercantil que impone la aplicación del régimen jurídico de este tipo societario que obliga al cumplimiento del estatuto del comerciante (inscripción en el Registro Mercantil, llevanza de contabilidad, etc). Por tanto, la materia mercantil exige un tipo mercantil y determina el carácter mercantil de la sociedad y las sociedades que desarrollen una actividad civil pueden constituirse en forma civil o mercantil (lo cual determinará, según el caso, la aplicación de las normas civiles del contrato de sociedad o del tipo mercantil elegido) pero tendrán siempre carácter civil (de forma que no deben observarse las obligaciones propias del estatuto del comerciante). En este caso, la materia civil, aun cuando no impone necesariamente una forma civil de constitución, determina siempre el carácter civil de la sociedad. Y

b) El criterio de la forma para la determinación del carácter mercantil de las sociedades, cualquiera que sea su objeto, se aplica actualmente en el ordenamiento español en el caso de las sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad

¹⁷⁰ Resolución del DGRN de 21 de mayo de 2013.

Caffarena Laporta “Comentario al artículo 35 Cc, dentro de Comentarios del Código Civil”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

limitada, sociedades comanditarias por acciones, sociedades de garantía recíproca y agrupaciones de interés económico. Las sociedades que se constituyan en determinada forma mercantil tienen carácter mercantil, con independencia de la naturaleza civil o mercantil de la actividad desarrollada (Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio; artículo 4 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca y artículo 1.1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico). El artículo 211-1.1 del Anteproyecto acoge este criterio, extendiéndolo a la sociedad comanditaria simple y a las sociedades de base mutualista (sociedad cooperativa, sociedad mutua de seguros y sociedad de garantía recíproca). El artículo 292-2 del Anteproyecto, por su parte, sanciona el carácter mercantil de las agrupaciones de interés económico.

El Anteproyecto de Código Mercantil dispone que son sociedades mercantiles las que tengan por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado y las que, cualquiera que sea su objeto, adopten alguno de los siguientes tipos: a) La sociedad colectiva, b) La sociedad comanditaria simple, c) La sociedad limitada, d) La sociedad anónima, e) La sociedad comanditaria por acciones, f) La sociedad cooperativa, g) La sociedad mutua de seguros, h) Las sociedades de garantía recíproca. Son también sociedades mercantiles aquellas a las que la ley atribuya carácter mercantil.

Este criterio de determinación de la mercantilidad de las sociedades en razón de su objeto entra en contradicción con el mantenido por la legislación reguladora de las sociedades profesionales y de las sociedades agrarias de transformación, que, sin embargo, no se modifica por el Anteproyecto. La mercantilidad de las sociedades en razón de su objeto acusa una excesiva amplitud, que hará difícil, si no imposible, identificar en el tráfico jurídico sociedades civiles externas. Con ello, se sanciona el carácter mercantil de las sociedades que desarrollen cualquier tipo de actividad externa, incluso de aquellas que tradicionalmente se han considerado de naturaleza civil. Esta opción debería ser replanteada tanto por las razones dogmáticas como por los motivos de oportunidad que desaconsejan la imposición del estatuto del comerciante, con las obligaciones más rigurosas que el mismo conlleva, a determinadas actividades externas, a las tradicionalmente civiles, que no se encuentran organizadas en forma empresarial.

CAPÍTULO TERCERO. LA COMUNIDAD DE BIENES COMO EMPRESA

III.1.- INTRODUCCIÓN

Cuando se acuerda constituir una CB para una actividad comercial no estamos ya ante una forma de copropiedad sino ante una sociedad con una finalidad lucrativa, sin perjuicio del nombre o forma que le den los interesados¹⁷¹.

Las comunidades de bienes pueden presentar especialidades importantes cuando la propiedad en común y proindivisa recae sobre una empresa o una explotación económica. La doctrina ha sostenido que la permanente explotación de la empresa parece contradecirse con el carácter más bien estático que se atribuye a la comunidad de bienes y también ha cuestionado que la explotación de una empresa, como una cosa común, por los copropietarios se pueda realizar sobre la base de las normas de la comunidad, ya que éstas están pensadas para el uso o disfrute de esa cosa, que no puede alterarse sin el consentimiento de todos ellos, cuando buena parte de los elementos que conforman el negocio son, por su propia naturaleza, variables.

Las especialidades se explican fundamentalmente por la particular naturaleza y configuración del objeto sobre el que se constituyen estas comunidades. La empresa está integrada por un conjunto de elementos materiales, inmateriales y personales que, debidamente organizados por el empresario, se destinan a la realización de una actividad económica dirigida al mercado. La actividad organizativa del empresario constituye un elemento esencial, tanto para la existencia de la empresa, sin la cual ésta no sería más que un conjunto de elementos heterogéneos desprovistos de unidad funcional, como para el desarrollo de una actividad empresarial consistente en producir o distribuir bienes o servicios para el mercado. Es precisamente la necesidad de este aspecto dinámico y de esa proyección externa lo que ha llevado a plantearse si la realización de actividades empresariales es compatible con la forma jurídica de comunidad de bienes.

Aunque ha sido constante en nuestro derecho dotar a la comunidad de un carácter estático, de mera tenencia o conservación, en sí mismo contrario a todo acto de comercio, la empresa mercantil puede ser objeto de comunidad de bienes, como determina la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1965 pues “nada se opone a que la empresa mercantil pueda ser objeto de condominio, toda vez que, a tenor del artículo 392 del Código Civil, existe comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas, ni tampoco a que pueda ser objeto de reivindicación como un todo unitario y

¹⁷¹ Mora Alarcón: “Sociedad Civil. Comunidades de Bienes”, pág. 145-151.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

complejo, diferenciado de los elementos que singularmente la integran”¹⁷². La empresa es la actividad económica organizada, es el destino al que se dedican determinados bienes del empresario y mientras coexista la sociedad con la comunidad no puede ejercerse la acción divisoria de los partícipes, aplicando las normas de los arts. 1705 y 1706 Cc.

Son múltiples las sentencias, tanto del Tribunal Supremo como de otros órganos jurisdiccionales que recogen la posibilidad de constituir una empresa-CB como forma jurídica, primando en todo caso la actividad económica a desarrollar a la puesta en común de un conjunto de bienes o elementos patrimoniales.

El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 17 de noviembre de 1997 (FJ 2º) y la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado (RDGRN) de 30 de diciembre de 1991 entienden que para que haya comunidad es preciso que la pluralidad de titulares de un mismo derecho subjetivo no llegue a formar un ente independiente y distinto de los copartícipes que la conforman pues de no ser así la comunidad sería un tipo de persona jurídica. Entre comunidad y persona jurídica hay una diferencia cualitativa porque en la primera las personas físicas mantienen sus derechos, aunque sea por partes, mientras la personalidad implica concentración de los derechos en la unidad jurídica y por consiguiente la eliminación de todo derecho inmediato sobre los bienes de los miembros¹⁷³.

En las comunidades que ejercen una actividad empresarial la voluntad de las partes juega un papel fundamental (comunidad convencional), no solo en el momento de su nacimiento sino en la determinación de las reglas de funcionamiento y de estructura organizativa (a modo de pactos sociales).

La Constitución Española en su artículo 38 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*”. Dentro de las distintas modalidades de empresas, una opción recomendable para pequeños negocios es la comunidad de bienes porque no exige grandes aportaciones de capital y es de fácil gestión. Son entidades, a mitad de camino entre el empresario individual y el colectivo.

¹⁷² Álvaro Núñez Iglesias: “comunidad e indivisibilidad”. Madrid 1995 y en su obra “comentario al art. 35 Cc, dentro del Código civil comentado y con jurisprudencia”. 2001.

¹⁷³ F. Ferrara: “Teoría de las Personas Jurídicas” traducido por E. Ovejero y Maury, Reus, “entre comunidad y persona jurídica hay una antítesis inconciliable, un antagonismo absoluto, porque la una denota pertenencia de derechos –aunque sea por partes- a personas físicas, mientras que la personalidad implica concentración de los derechos en una unidad jurídica y por consiguiente eliminación, por lo menos formal, de todo derecho inmediato sobre los bienes de las personas de los miembros”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

En nuestro Derecho comparado, también existen realidades similares aunque no idénticas a nuestra comunidad de bienes que ejercen actividad empresarial. Son situaciones societarias en las que la voluntad de los que ejercen la actividad no se manifiesta de forma clara. Es el caso, por ejemplo, de la comunione d'azienda y la società di fatto en Italia o la société créée de fait en Francia.

La explotación de una empresa mercantil bajo la forma de comunidad es frecuente en los casos de la comunidad incidental producida por el hecho de la sucesión de varias personas en un mismo negocio.¹⁷⁴ Se está, por tanto, ante una figura asociativa conocida pero no tipificada en el ordenamiento jurídico. Es posible que si sigue adelante el Anteproyecto de Código Mercantil se le dé un reconocimiento legal a esta figura equiparándola a las sociedades mercantiles, lo que, sin duda, tendrá como consecuencia una mayor seguridad jurídica en el tráfico económico, en beneficio de los terceros.

La mayoría de comunidades que actúan en el tráfico son comunidades basadas en la voluntad de sus partícipes, manifestada en un pacto o contrato¹⁷⁵, en el que éstos fijan su denominación, objeto, domicilio, duración, aportaciones, reparto de beneficios y cargas, así como aquellos pactos y normas que han de regir su funcionamiento, administración, sucesión y disolución (a modo de estatutos sociales y con apoyo legal en el art. 392.2 Cc). Se está ante un supuesto de contrato atípico¹⁷⁶.

Las comunidades de bienes como forma jurídica de constitución de empresas están tan presentes en el mercado como las sociedades mercantiles, principalmente las de responsabilidad limitada (privilegiadas legalmente desde el punto de vista fiscal, económico o de responsabilidad frente a los acreedores por razón de las deudas sociales, etc) por lo que hay autores que ven una despreocupación por parte del legislador en la regulación de estas entidades, creando confusión y un ambiente poco adecuado para la seguridad del tráfico y la economía actual.

¹⁷⁴ Garrigues Diaz Cañabate: "Dictámenes de Derecho Mercantil". Sequeira Martín: "La eficacia de la publicidad registral mercantil (Introducción histórica y Derecho Comparado).

Rios Sanchez: "Comunidad de bienes y empresa".

¹⁷⁵ El contrato puede ser verbal o escrito, privado o público. La escritura pública es obligatoria si se aporta un bien inmueble. Modelo de contrato de una comunidad de bienes, en «La comunidad de bienes», en Guía de Derecho Civil, Teoría y práctica, tomo IV, ed. Aranzadi, S. A., enero 2013 (Aranzadi digital, BIB 2013/16097).

¹⁷⁶ Albiez Dohrmann: «Contratos sobre comunidades convencionales. Cláusulas usuales», en Comunidad de bienes, coord. por M.^a J. Reyes López, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1032-1033.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Podemos definir la comunidad de bienes como una forma jurídica de empresa un tanto atípica, que se utiliza con frecuencia para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales en el tráfico económico, actuando cada comunero o copropietario en nombre propio. No tiene personalidad jurídica propia, ésta no es otra que la de los comuneros pero es una forma rápida, sencilla y económica de iniciar una actividad empresarial con otras personas y de esta forma conseguir reducir los trámites y el tiempo de constitución así como su coste.

La titularidad de una CB corresponde a las personas que la componen.¹⁷⁷ Se constituye cuando la propiedad de un bien o un derecho, que forma parte de la actividad empresarial realizada en común, pertenece proindiviso a varias personas y se da cuando al menos 2 socios comuneros firman un acuerdo privado (salvo que haya bienes inmuebles o derechos reales) por el que se rige la titularidad de la cosa o derecho pro indiviso, el uso de los bienes en común y su administración y donde se indica la actividad a la que se va a dedicar el negocio, las aportaciones que hace cada socio (en dinero o en especie), el reparto de las ganancias y la asunción de las pérdidas¹⁷⁸. Los socios pueden utilizar las cosas comunes siempre que no perjudiquen el interés de la Comunidad. No hay obligación alguna de aportación mínima y/o máxima por parte de los comuneros, aunque si no se especifica la aportación de cada uno se entenderá que todos los comuneros participan por partes iguales y para tomar decisiones sobre las cosas en común será necesario el acuerdo de la mayoría de los socios en función de las cuotas.

La reglamentación contractual del negocio, libremente convenida por los interesados, es la que ha de tenerse en cuenta para la eficacia de la relación y los derechos y deberes de las otorgantes (sentencias de 6-11-1991 que cita las de 19-4-1972, 2-7-1982 y 15-3-1981). Se trata de una normativa propia "ex contractu" que se acomoda a la libertad de pacto que establece el artículo 1255 del Código Civil.

La existencia real de un fondo común acreditado (patrimonio comunitario) para la explotación de las actividades profesionales de los asociados, el ánimo de lucro o ganancia común, así como la voluntad de unión amplia constituyente de la "affectio societatis" en conjunción con los objetivos perseguidos por los interesados, precisa siempre convenio o pacto previo al efecto pues el contrato de sociedad civil se presenta dinámico al entrar en el ámbito de actividades negociales o industriales a fin de perseguir la obtención de beneficios susceptibles de ser partidos entre los socios, que también así asumen las pérdidas (sentencias de 15-10-1940, 24-5-1972, 5-7-1982, 6-3-1992, 15-12-1992 y 24-7-1993).¹⁷⁹

¹⁷⁷ STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de julio de 1999.

¹⁷⁸ Fuente Circe: Centro de información y red de creación de empresas. Ministerio de Industria, Energía y Turismo. 2015.

¹⁷⁹ Cano Zamorano: "La comunidad de bienes y su relación con el Registro Mercantil" en M. J. Reyes López (Coord.), Comunidad de bienes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 726.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Las empresas-CB no son irregulares, sino que son un tipo de empresas en donde los miembros que la forman son algo más que socios porque no pierden su independencia o capacidad por formar parte de la comunidad e incluso pueden realizar actividades empresariales o económicas por su cuenta, fuera de la estructura de la comunidad y aunque quieren realizar una actividad mercantil o profesional con ánimo de lucro no quieren someterse a las formalidades marcadas por el Código de Comercio o las leyes especiales que las desarrollan, sino que quieren una forma sencilla, sin escritura pública ni Registro Mercantil, ni una contabilidad rigurosa, que les supone un coste añadido de constitución y de continuidad. No hay obligaciones contables, particularmente en su aspecto de depósito de las cuentas en un registro público, más allá de la llevanza de los registros y datos meramente fiscales.

En las CB sobre un negocio mercantil surge la denominación “individualidad jurídica”, identificándose con las siglas finales “C.B.” y con ellas normalmente el rótulo del establecimiento, un domicilio legal y fiscal, una entidad propia contable y la posibilidad de recibir prestaciones de servicios por cuenta ajena. A pesar de esta individualidad jurídica propia de la CB sobre un establecimiento mercantil, no cabe entender una personalidad jurídica independiente de cada uno de sus copropietarios, puesto que esta individualidad es meramente funcional (art. 395 Cc) y así cada partícipe puede eximirse de contribuir a los gastos de conservación del negocio en común, renunciando a la parte que le pertenece en el dominio.

La comunidad de bienes empresarial con actividad civil o mercantil no podrá ser objeto de inscripción como empresario social en el Registro Mercantil pues son sujetos que no tienen acceso al Registro Mercantil, pero sí la inscripción de cada uno de los comuneros que constituyen la comunidad de bienes como empresarios mercantiles individuales haciendo constar, en su caso, que los mismos son titulares de una determinada cuota en una comunidad determinada.¹⁸⁰ Es decir, los comuneros de una comunidad de bienes podrán acceder al Registro mercantil apareciendo ésta en el documento a inscribir, sin que en ningún caso pueda considerarse que sea objeto de inscripción como empresario, sino tan solo que los componentes de la misma que son los inscritos como empresarios individuales.

Por otra parte, su especial configuración hace que, para determinados sectores del ordenamiento jurídico y a sus propios fines, las comunidades que ejercen una actividad empresarial sean reconocidas como sujetos con cierta

Establece unos rasgos distintivos muy interesantes entre la comunidad de bienes en sentido estricto y la comunidad de bienes con objeto mercantil o actividad empresarial, así como la distinción entre esta última con la sociedad civil irregular, la sociedad civil, la sociedad civil con objeto mercantil, la sociedad mercantil irregular y la sociedad mercantil propiamente dicha.

¹⁸⁰ Cano Zamorano: «La comunidad de bienes y su relación con el Registro Mercantil», en M. J. Reyes López (Coord.), Comunidad de bienes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 722.

capacidad de obrar e incluso sean consideradas empresarios, como sucede en el ámbito tributario y laboral.

III.2.- CONSTITUCIÓN Y DISOLUCIÓN DE UNA EMPRESA COMUNIDAD DE BIENES

Los trámites de constitución de una Comunidad de Bienes son similares a los de otras formas jurídicas: primero será necesario cerrar un acuerdo entre las partes y después acudir a Hacienda, a la Seguridad Social y probablemente al Ayuntamiento. Superados estos trámites, la creación de la Comunidad de Bienes ya es efectiva.

La entidad puede utilizar un nombre comercial, logotipo o enseña para su establecimiento, que puede coincidir o no con la razón social que utilice a efectos legales y fiscales. Igualmente puede utilizar marcas gráficas o denominativas para sus productos o servicios. Si quiere proteger estos signos distintivos deben inscribirse en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), en Madrid para el Estado Español. A efectos comunitarios la oficina radica en Alicante.

Al carecer de personalidad jurídica propia, se encuentra dentro de las entidades que recoge la Ley General Tributaria que están sometidas al régimen de atribución de rentas. Este régimen consiste en que las rentas obtenidas de estas entidades, al no ser sujetos pasivos del IS (Impuesto sobre Sociedades) ni del IRPF (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), se imputan a los comuneros en la proporción en la que participen¹⁸¹. Son éstos quienes realizan el pago del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades o Impuesto sobre la Renta de No residente según sean contribuyentes o sujetos pasivos de cada uno de dichos impuestos.

Se reconoce la capacidad de obrar y legitimación de las CB siempre que estén dadas de alta en los Registros Fiscales, a efectos del acaecimiento de hechos, actos jurídicos y negocios jurídicos de naturaleza fiscal, de la Seguridad Social y laboral. A efectos de tributación, la legislación equipara estas comunidades a sociedades, siempre que se constituyan por actos *inter vivos* para realizar actividades empresariales y cuando se constituyan u originen por *actos mortis causa* si la explotación del negocio del causante continúa en régimen de indivisión por un plazo superior a tres años. En el ejercicio de la actividad se les considera sujetos pasivos,¹⁸² por ser un medio a través del cual se manifiesta una capacidad

¹⁸¹ Fiscalmente las rentas se atribuirán a los comuneros junto con el resto de rendimientos obtenidos por éstos (régimen de atribución de rentas), no estando sujetas por tanto al Impuesto de sociedades.

¹⁸² En el ordenamiento tributario las comunidades de bienes se consideran obligados tributarios (art. 35.4 LGT), con capacidad de obrar en el tráfico jurídico y, por tanto, sujetos pasivos sometidos a tributación en relación con la imposición indirecta. Sin embargo, los rendimientos

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

económica, objeto de gravamen.¹⁸³ Por ello se les atribuye un NIF y están obligadas a actuar bajo un epígrafe del Impuesto sobre Actividades Económicas¹⁸⁴.

La empresa-comunidad puede ser sujeto pasivo a efectos tributarios cuando la legislación así lo prevea, equiparándose la empresa-CB a las sociedades a los efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en su modalidad de operaciones societarias. La Dirección General de Tributos dice que son sujetos pasivos del Impuesto sobre el Valor Añadido las Comunidades de bienes que realicen actividades empresariales sujetas al citado Impuesto. En consecuencia, dichas Comunidades deben solicitar el Código de Identificación Fiscal, único y específico para la misma y cumplir las demás obligaciones formales del Impuesto sobre el Valor Añadido establecidas en la normativa reguladora del mismo como son la solicitud de alta de la Comunidad y no de cada comunero, en el censo del Impuesto, expedición de facturas y conservación de copias de las mismas por cada una de las operaciones realizadas y llevanza y conservación de los libros registrados de facturas recibidas y emitidas, únicos para la Comunidad.

La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones recoge que podrán acceder a la condición de beneficiario las comunidades de bienes o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado que, cuando se prevea expresamente en las bases reguladoras y aun careciendo de personalidad

obtenidos en sus actividades serán atribuidos a los comuneros como rendimientos de actividades empresariales y, por tanto están sujetos al Impuesto sobre la renta de las personas físicas y no al Impuesto sobre sociedades (tras la reforma de este impuesto es de interés la Instrucción de la Agencia Tributaria en relación con la constitución de comunidades de bienes a partir de 2015, donde se matiza que la forma jurídica de comunidad de bienes o sociedad civil no va «a depender de la voluntad de los contribuyentes, sino de la correcta calificación de la naturaleza jurídica de la entidad»).

¹⁸³ M.^a T Soler Roch: Prólogo a la obra de Bayona Giménez: “Tributación de la comunidad de bienes”, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 9, dice que: «la comunidad de bienes, más allá de la mera situación jurídica de copropiedad que ya configurara el viejo Derecho romano, se ha convertido en la actualidad en un importante mecanismo asociativo que actúa como centro de imputación autónomo de obtención, conservación y transformación de riqueza».

Carmen Muñoz Delgado: “Comunidades que ejercen actividad empresarial”. Revista de Derecho UNED, núm. 18, 2016: La comunidad de bienes como forma de ejercer una actividad empresarial es una realidad en el tráfico económico-mercantil. Son entes sin personalidad jurídica, reconocidos por determinados sectores del ordenamiento jurídico a sus propios fines, que carecen de un régimen jurídico propio. Determinar cuáles son sus características esenciales y cuál es su relación con la comunidad de bienes regulada en el Código civil o con la sociedad, permite centrar el debate sobre su calificación y sobre el régimen aplicable. Aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia, su reconocimiento y régimen jurídico son objeto de propuesta de regulación por el legislador.

¹⁸⁴ Albiñana García-Quintana: “Las comunidades de bienes en el ordenamiento tributario español”. Díaz-Arias Abogados. “La sociedad civil particular, comunidades de bienes y otros entes sin personalidad jurídica. Su tratamiento fiscal.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

jurídica puedan llevar a cabo los proyectos, actividades o comportamientos o se encuentren en la situación que motiva la concesión de la subvención. En este caso deberá nombrarse un representante o apoderado único de la agrupación, con poderes bastantes para cumplir las obligaciones que como beneficiario corresponden a la agrupación y no podrá disolverse la agrupación hasta que haya transcurrido el plazo de prescripción previsto en esta Ley.

Según la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 1996 sobre legalización y depósito de cuentas de las entidades jurídicas, *“será objeto de legalización, siguiendo el procedimiento establecido en el capítulo III del Reglamento del Registro Mercantil, los libros de aquellas entidades que sin tener la condición legal de empresarios están obligadas a ellos en virtud de alguna norma expresa”*. Serán los propios comuneros inscritos como empresarios individuales, quienes deberán presentar las cuentas anuales en el Registro Mercantil, siguiendo los criterios derivados de la Dirección General de Registros y del Notariado del 16 de febrero de 2000. Obligando a incluir en el balance la parte proporcional que le corresponda de los activos y pasivos, en función de su porcentaje de participación y su parte proporcional de ingresos y gastos en la comunidad, en la cuenta de pérdidas y ganancias. En la cuenta del Estado de cambios en el Patrimonio Neto debe incluirse la parte que en proporción corresponda a la misma en comunidad, así como el Estado de flujos de Efectivo. Pero, si bien las comunidades de bienes de carácter empresarial no han de formular y presentar en el Registro Mercantil las cuentas anuales de la misma, si es importante llevar los libros de contabilidad en forma semejante a la de los empresarios.

A los efectos del Estatuto de los Trabajadores, serán empresarios todas las comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro de su ámbito de organización y dirección (art. 1.2º ET). Las comunidades de bienes como agrupación de personas (físicas o jurídicas) sin personalidad jurídica diferenciada de los comuneros tienen reconocida capacidad procesal, lo que permite la existencia de contratos de trabajo cuyo titular sea la propia comunidad y la legitimación activa o pasiva para comparecer a través de sus organizadores, directores o gestores, en cualquier litigio que se suscite como consecuencia de las relaciones laborales de las que es parte. El reconocimiento de capacidad contractual y procesal a las comunidades de bienes supone una garantía de los derechos de los trabajadores que prestan sus servicios para las mismas. Los comuneros que trabajen y presten servicios en la comunidad de bienes estarán obligados a darse de alta en el RETA (Régimen especial de trabajadores autónomos) y los trabajadores que contrate estarán encuadrados en el régimen general, teniendo la comunidad de bienes, como tal, la obligación de cotizar por ellos y demás obligaciones de la empresa en relación con la Seguridad Social tales como altas, afiliaciones o pago de cuotas, así como capacidad procesal. En conclusión, la legislación laboral recoge la posibilidad

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

de realización de contratos de trabajo en donde el titular de la empresa sea una comunidad de bienes.

La comunidad de bienes responde frente a terceros no solamente con los bienes que posea, sino con el patrimonio personal de los comuneros, si los bienes comunes no fueran suficientes. Cada comunero tiene una responsabilidad frente a terceros ilimitada, subsidiaria y solidaria. Las deudas pueden ser exigidas a todos o a cada uno de los comuneros pudiendo los acreedores pedir a cada comunero la parte proporcional a su cuota o pedir el importe total de la deuda a uno de ellos, quien, posteriormente, podrá exigir al resto que le reintegre la parte que aportó por ellos.

El problema se plantea cuando deseamos demandar a una entidad de este tipo porque las comunidades de bienes no pueden comparecer ni ser demandadas en juicio. En la práctica, las empresas tienen relaciones con comunidades de bienes en las que, en numerosas ocasiones, no se conoce quienes son sus integrantes, o como máximo sólo se conoce a uno, que es con el que suelen negociar. La composición de estas entidades puede permanecer en secreto pero sus datos necesariamente son conocidos por la Administración Tributaria. Dado que carece de personalidad jurídica y por ello no puede ser traída al proceso como tal, la mayoría de la jurisprudencia viene manifestándose en el sentido de que deben ser llevados a juicio todos los comuneros que la componen para hacer efectivas las responsabilidades que pesan sobre aquella, “litisconsorcio pasivo necesario”, por ser todos interesados en la relación jurídica, litigiosa, con el fin de evitar, por un lado que puedan resultar afectados por la resolución judicial quienes no fueron vencidos en juicio, y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias.

Cuando se trata de interponer demanda en nombre de la comunidad, la jurisprudencia tiene establecido que cualquiera de los partícipes puede actuar en juicio cuando lo haga en beneficio de la comunidad, toda vez que la sentencia que en su favor recaiga aprovechará a todos los comuneros sin que les pueda perjudicar la adversa.

Es por ello importante cuando se contrata con una comunidad de bienes exigir que firmen todos sus miembros o por lo menos disponer siempre de una relación de los mismos. Cuando esto no se ha hecho y queremos demandar, dado que no hay un registro público donde acudir, cabe la posibilidad, antes de interponer demanda, de iniciar unas diligencias preliminares con el fin de averiguar la identidad de los comuneros y constituir debidamente la relación jurídico-procesal.

El hecho de que los socios se obliguen a poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre si las ganancias no supone su voluntad de transmitir la propiedad de parte de sus bienes ni, por consiguiente, establecer una

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

copropiedad, sino una aportación de dinero, trabajo y el uso de sus bienes respectivos, en la medida precisa, para un único fin: explotar a medias el bien¹⁸⁵.

Hay que tener en cuenta que si hay sociedad no existe la facultad de división. Incluso en el caso de sociedad interna, aunque no tenga trascendencia externa, la sociedad existirá y no se podrá ejercer la acción de división, pues existe un vínculo a partir de un contrato. Sólo se podría pedir la extinción de la comunidad haciendo uso de las cláusulas de rescisión del contrato de sociedad.

La diferencia entre ambas instituciones en su disolución son significativas puesto que la sociedad (sociedad civil) se disuelve por las causas indicadas en el art. 1700 y siguientes del Cc y en la CB es nulo el pacto de no dividir por más de diez años porque la comunidad está sujeta a la acción de división, pudiendo librarse el comunero de la comunidad con el solo abandono de su derecho, lo que no se permite al socio

De conformidad con el artículo 1.700 punto 3 del Código Civil, ni la muerte, ni la insolvencia de uno de los comuneros afecta a la comunidad como tal, en cambio afecta a la sociedad pues la sociedad se extingue: por muerte, insolvencia o incapacitación de cualquiera de los socios y en el caso del artículo 1699 los acreedores particulares de cada socio podrán pedir el embargo de la sociedad. . La disolución de toda sociedad civil o mercantil da por resultado necesario la extinción de la persona jurídica y la cesación de todas las facultades que correspondían a los socios en virtud del contrato.

Al igual que ningún copropietario está obligado a permanecer en la Comunidad, conforme al artículo 400 Cc, tampoco el socio está obligado a continuar en la sociedad, a menos que se haya convenido otra cosa. Por ello, salvo que medie mala fe en quien lo solicite, cualquier socio puede exigir la extinción de la sociedad. Sin embargo, no podrá pedir en cualquier caso la división de la cosa común, como prevén los artículos 400 y 404 Cc, sino que, dependiendo de la composición del patrimonio de la sociedad, deberá procederse a una liquidación que, si se trata de sociedad civil, deberá efectuarse conforme a las reglas concernientes a la partición de la herencia (artículos 406 y 1708 Cc)¹⁸⁶.

La comunidad del Cc suele tener por objeto bienes o derechos homogéneos pero la comunidad con objeto mercantil recae sobre bienes de muy distinta naturaleza que agrupados armónicamente por virtud de un contrato están destinados en su explotación conjunta a la obtención de un lucro, es decir, que en lugar de presentar un aspecto estático están dinamizados en la forma de sociedad civil

¹⁸⁵ STS, sala 1ª, de 5 de julio de 1982 y STS, sala 1ª de 19 de noviembre de 2008.

¹⁸⁶ Así lo ha indicado la jurisprudencia a través de una consolidada línea jurisprudencial, de la que forma parte la STS (Civil) de 14 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8124).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

irregular y así las partes pueden vincularse con las fórmulas legales establecidas en orden a su disolución y liquidación diferentes de las CB (arts. 1665, 1668, 1700.4, 1708 Cc) con lo que realmente no se altera en absoluto, más bien lo contrario, quedan bien protegidos los derechos de los socios¹⁸⁷.

El régimen que establece el artículo 1669 del Cc regula las relaciones entre los socios «durante la vida de la sociedad». Está claro que las relaciones internas entre los socios se rigen por la normativa sobre comunidad de bienes del Cc, artículos 392 y ss, si bien se trata de normas dispositivas, por lo que son preferentes los pactos que hayan celebrado los socios, tal como se desprende del artículo 392, segundo párrafo del Código Civil. Pero no es tan claro en lo que se refiere a la disolución de la sociedad irregular pues el artículo 400 del Código Civil en su primer inciso del primer párrafo es perfectamente aplicable: ningún copropietario, ni socio en sociedad irregular, estará obligado a permanecer en la comunidad o sociedad, por lo que cualquier socio puede exigir la extinción de la sociedad, siguiendo el principio del derecho romano “*nemo invitus compellitur ad communionem*” salvo el caso de mala fe, que contempla la Sentencia de 20 junio 1990 (RJ 1990, 4800). El segundo inciso del mismo párrafo añade que podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común, que es la romana “*actio communi dividendo*”, lo que es aplicable a la sociedad irregular cuando efectivamente haya no más que una cosa o unas cosas comunes. Pero no ocurre lo mismo si va más allá de una situación tan simple, es el caso de que se trate de un negocio familiar en que concurren un activo y pasivo y las cosas materiales formen parte integrante del primero, por lo que no cabe la simple división de las mismas, sino que es precisa una liquidación completa y según las reglas previstas para la división de la herencia.¹⁸⁸

En consecuencia la disolución y la extinción de la sociedad interna no se desarrollan necesariamente a través de las mismas reglas que establece el Cc para la comunidad de bienes. Si bien es cierto que la sociedad civil irregular se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes, conforme preceptúa el párrafo segundo del artículo 1669 del Código Civil, ello ha de entenderse referido exclusivamente al régimen de las relaciones internas entre los socios durante la vida de la sociedad, pero no para el supuesto de disolución de la misma (cualquiera que sea su causa), la cual, no puede regirse estrictamente por lo preceptuado en los arts. 400 y 404 del Código Civil, pues al estar el patrimonio de la sociedad, aunque se le considere irregular, integrado por un heterogéneo activo (bienes, inmuebles, maquinaria, utensilios, mercaderías, créditos, etc.) y un pasivo (deudas de negocio), para poder conocer cuál sea el haber partible entre los socios es absolutamente imprescindible llevar a efecto su previa liquidación, liquidación que, si se trata de

¹⁸⁷ STS de 2 de diciembre de 1993.

¹⁸⁸ Así lo apuntó la Sentencia de esta Sala de 11 marzo 1988 (RJ 1988, 1955) (fundamento 6.º) y reiteró la de 3 enero 1992 (RJ 1992, 145) (fundamento 4.º).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

sociedad civil habrá de efectuarse conforme a las reglas de la partición de herencia, a las que se remite no sólo el artículo 1708 del Código Civil, sino también el artículo 406 del mismo Código, cuando establece que “serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia”» .

Los medios patrimoniales afectos a la consecución del fin social, pierden su vinculación una vez que el fin común desaparece o deja de ser perseguido, con lo que falta la causa del especial estado en que el patrimonio común se encuentra mientras dura la sociedad,¹⁸⁹ lo que justifica la partición por las reglas de la herencia (“actio familia erciscundae”, art. 1708, 1051 y ss. del Cc y 782 y ss. de la LEC) y no la división de la cosa común (art. 400 del Cc y 249 y 251.3.6º de la LEC) pues mientras dure la liquidación, división y adjudicación se forma una comunidad regida por sus normas específicas, que recae sobre el patrimonio que reste a la paralización de la actividad social, esto es, sobre la cuota de liquidación, en cuanto expresa el derecho que tiene el socio a participar en ese patrimonio.

En la comunidad de bienes strictu sensu no hay solidaridad, cada cual sólo resulta obligado por aquello que acepta. Se ha interpretado el art. 1.698 del Cc en el sentido de que cuando el precepto excluye que los socios respondan solidariamente de las deudas de la sociedad permite deducir que lo harán de forma subsidiaria, mancomunada y con todo su patrimonio por aplicación del art. 1.911 del Cc que recoge el principio de responsabilidad patrimonial universal¹⁹⁰. Así pues la cláusula de convenio que establezca la condición de no liquidación de la CB sin pagarse las deudas es admisible en la CB con objeto mercantil y ha de entenderse como presupuesto de las operaciones divisorias para saber si hay haber partible y adjudicable.

La disolución de una sociedad civil o comunidad de bienes es un procedimiento más simple que el establecido para las entidades mercantiles. Del mismo modo que la constitución parte de un acuerdo privado entre las partes, la disolución también es sencilla cuando todos los socios consienten y no existen deudas que haya que afrontar. En primer lugar, deben atenderse las deudas con terceros y con la administración pública. Si la sociedad se disuelve sin atender los pagos pendientes, los socios responderán con su patrimonio personal frente a las reclamaciones y embargos que puedan practicarse, en función de su porcentaje de participación.

¹⁸⁹ STS, sala 1ª de 21 de octubre de 2005.

¹⁹⁰ Doctrina y Jurisprudencia: SAP de Baleares, sec 5ª, de 10/5/2010; 15/4/2010, 5/4/2010; SAP de Cantabria, sec 2ª, de 14/5/2008; SAP de Murcia , sec. 5ª, de 5/7/2004; SAP de Barcelona, sec 13ª, de 30/4/1998, SAP de Huesca de 14/5/2004m 28/6/1995 t 31/10/1994; SAP de Asturias, sec. 4ª de 23/11/1998.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Para extinguir la comunidad se hace un contrato de Disolución de Comunidad de Bienes con reparto de bienes entre los socios firmado por todos los socios. En el acuerdo de disolución constarán los motivos que han conducido a los socios a tomar esa decisión. Una vez registrado el acuerdo de disolución, hay que dar de baja las obligaciones fiscales en la Agencia Tributaria. Estas obligaciones afectan tanto a la comunidad como a los comuneros.

Una vez liquidadas las deudas, hay que repartir los bienes, si los hay. El reparto se recogerá en el acuerdo de disolución. La disolución de la sociedad civil se rige por las normas de la partición de herencia (art. 1707 c.c). Únicamente se necesitará acudir a una tasación pericial para la valoración de los bienes y derechos en caso de que los socios no lleguen a acuerdo sobre ese punto. Para determinar la cuantía a repartir lo más lógico será atenerse al patrimonio neto social (bienes y créditos menos deudas sociales).

También cabe, al igual que ocurre con las entidades de capital, comunicar un cese de actividad sin disolver la sociedad. En ese caso, se darán de baja las obligaciones igualmente, pero la sociedad seguirá existiendo, aunque inactiva.

Sáenz de Santamaría, vicepresidenta de Gobierno, ha recordado que el 99% de las empresas inscritas en la Seguridad Social tiene menos de 250 trabajadores, el 87% menos de nueve y en conjunto dan empleo al 75,4% de los empleados. "Con la ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización nos dirigimos a todo este tejido empresarial, que es además motor de crecimiento y la base del empleo, de su mantenimiento y de su futura creación". La norma, según la vicepresidenta, también se dirige a los más de tres millones de trabajadores autónomos, que "merecen un apoyo y una atención específica de los poderes públicos". Las líneas estratégicas de actuación de la ley son favorecer la cultura y la iniciativa emprendedora y facilitar la creación de empresas; establecer apoyos fiscales, de Seguridad Social y de financiación a los emprendedores; fomentar el crecimiento empresarial y la contratación laboral, así como la internacionalización de las empresas españolas. Entre otras medidas, los autónomos no responderán ilimitadamente de las deudas empresariales, quedando excluida su vivienda habitual si su valor no supera los 300.000 euros y se crea la figura de la sociedad limitada de formación sucesiva, que permite la creación de empresas con un capital social inferior a 3.000 euros, luego se irá aportando el 20% de los beneficios empresariales hasta alcanzar el capital exigido por ley. Para impulsar y agilizar la constitución de sociedades se centralizarán todos los trámites: "Buscamos una apertura muy breve, en el entorno de las 24 o 48 horas". Apoyos fiscales. Y termina diciendo que "se facilitará el contacto entre pequeños emprendedores para que puedan crear uniones de empresarios."¹⁹¹

¹⁹¹ Sáenz de Santamaría, <http://www.aireg.es/el-gobierno-presenta-la-ley-de-apoyo-a-los-emprendedores/>(última consulta 22/04/2014).

III.3.- EL PAPEL DEL EMPRESARIO EN LA ECONOMIA ACTUAL

El concepto de empresario está directamente vinculado al de empresa, un empresario actúa como personificación de la empresa, no solo por ser su representación legal sino por ser en muchos casos su propietario.

Cada vez es mayor el interés y el reconocimiento de las figuras de la empresa y el empresario por su papel en la creación de riqueza, por su contribución a mejorar el nivel de vida de la población, en la generación de empleo o en la articulación del sistema productivo y comercial, pero no existe un consenso claro sobre la definición más apropiada para ambas figuras.

El Código de Comercio no se refiere al empresario sino que habla de los comerciantes, que son los que se dedican habitualmente al comercio (art. 1 Cco). Concepto restringido ya que no incluye, en principio, ni a los fabricantes, ni a todos los empresarios del sector servicios. No son empresarios, aunque realizan una actividad económica, los profesionales, los artesanos (STS 6-IV-1987) e, históricamente, los agricultores y ganaderos aunque, en la medida en que la actividad agropecuaria se ha “empresarializado”, procede dejar fuera del Derecho mercantil sólo la actividad de producción agrícola o ganadera pero no la actividad de transformación o comercialización. Hay que tener en cuenta que el concepto fue creado antes de la revolución industrial por lo que no es de extrañar que los productores-fabricantes no aparezcan ya que éstos son fundamentalmente artesanos.

Sólo los mayores de edad pueden ejercer el comercio (art. 4 Cco), pues el menor emancipado (menor de edad al que se le otorga el “beneficio” de la mayor edad) no puede ser comerciante porque no tiene plena capacidad de obrar ya que necesita asistencia paterna o del curador para determinados actos (art. 323 Cc).

Si el comerciante está casado se le aplica una regla especial de responsabilidad en relación con el Código Civil pues, en todo caso, responde de las deudas el patrimonio privativo de éste y los bienes comunes que se hubieran obtenido por el ejercicio de la actividad empresarial (art. 6 Cco). Los demás bienes comunes responderán de las deudas empresariales cuando conste el consentimiento de ambos cónyuges, aunque el art. 8 del Cco presume tal consentimiento cuando el cónyuge comerciante viniera ejerciendo el comercio antes de casarse y continuara haciéndolo después sin oposición del otro o cuando inicie su actividad mercantil después de contraer matrimonio “con el conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge” (art. 7 Cco), en tal caso, responden también todos los bienes gananciales. La oposición del cónyuge ha de inscribirse en el Registro Mercantil para que sea oponible a terceros (art. 11 Cco) y para que respondan los bienes privativos del

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

cónyuge no empresario hace falta que éste manifieste su consentimiento expresamente en este sentido (art. 9 Cco). En cualquier caso, el empresario puede administrar, enajenar y gravar los bienes comunes que hubieran sido obtenidos por resultas de la actividad empresarial sin el consentimiento del cónyuge (art. 6 Cco).

Un comerciante, en sentido estricto, es el que intermedia entre la producción y el consumo. Hoy se admite generalizadamente que el estatuto del comerciante se aplique a todos los empresarios, esto es, a todos los que realizan una actividad económica organizada dirigida a la producción de bienes o servicios para el mercado.

La actividad de un empresario se da tanto al interior, como encargado de la organización administrativa y de establecer qué tipo de administración de recursos y personal son los más convenientes para alcanzar los objetivos de producción, como al exterior de la empresa, como encargado de establecer relaciones con otras empresas, de vincularse con otras organizaciones e instituciones (incluido el Estado) y de actuar como portavoz de la empresa frente a la sociedad, entendida ésta como una unidad económica.

El concepto de empresario es un concepto en continuo cambio e incluso de nombre (mercader, comerciante, artesano, industrial, financiero, empresario, emprendedor, etc.) que se ha definido por algunos autores en diferentes momentos históricos.¹⁹² Varía a lo largo de la historia, según los cambios de la economía. En la era industrial, el empresario era el fundador y propietario de su empresa, asumiendo todos los riesgos de la producción. Posteriormente, la situación económica propició que varios empresarios detentaran conjuntamente el control de una empresa o bien que un propietario contrate a otro empresario para administrar su empresa. Hoy la globalización económica ha generado la aparición de empresas internacionales administradas en muchos casos por los grandes accionistas de las mismas.

El empresario es la persona que, en forma individual o colectiva, fija los objetivos y toma las decisiones estratégicas para alcanzar los resultados deseados. Es quien administra, planifica, organiza, coordina y dirige la empresa. Usualmente es la persona que ostenta la representación legal de la sociedad mercantil, propietaria de la empresa que gerencia o dirige.

Marshall, precursor del empresario-control atribuye al empresario y a su función de dirección el papel de factor productivo, así el empresario desarrolla dos funciones principales: interpreta de manera subjetiva los deseos de los consumidores, es decir hace un análisis y un diagnóstico de la situación económica

192 Antonio Pizarro Gómez y Juan Manuel Cepeda Pérez, http://www.uhu.es/divine/archivos/TEMA_O2_ECONOMIA%20DE%20LA%20EMPRESA.pdf.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

y de acuerdo con sus expectativas acerca de la realidad organiza y ordena los factores productivos que se encuentran a su disposición.

Para Knight (1921), es la asunción del riesgo la característica principal del empresario, un riesgo de carácter técnico y económico por la incertidumbre asumida de que los ingresos recibidos al final del proceso superen los costes tenidos para asegurar unas rentas a los agentes del sistema. Diferencia entre el empresario que asume el riesgo y elige al que dirige y el director que da las órdenes y desempeña la función organizadora.

La actividad empresarial siempre entraña un riesgo puesto que se tienen que anticipar unos recursos con la expectativa de beneficios que van a depender del éxito del proyecto empresarial. Es necesario detectar las necesidades del mercado, estudiar la competencia y los costes así como tener en cuenta que las circunstancias varían muy rápidamente.

Hay una separación entre la propiedad y la dirección de la empresa que se percibe en las grandes empresas donde intervienen gran número de técnicos profesionales (abogados, economistas, ingenieros etc) que son los que verdaderamente gobiernan la empresa porque las decisiones que hay que tomar son muy complejas.

El Diccionario de la Real Academia define “empresario” como “titular propietario o directivo de una industria, negocio o empresa” y “emprendedor” como “persona que emprende con resolución acciones dificultosas y azarosas”

Cuando utilizamos o escuchamos la palabra “emprendedor”, generalmente pensamos que es una persona entusiasta, apasionada, idealista, romántica, visionaria, aventura y obsesionada por alcanzar sus sueños. Quizás pensamos en una persona de espíritu joven y carismática. El término “emprendedor” proviene de la voz castellana “emprender” que proviene del latín “tomar”. Entonces “un emprendedor es la persona que emprende y se determina a hacer y ejecutar, con resolución o empeño, algún proyecto considerable, arduo y de envergadura que requiera esfuerzo y dedicación”. Hoy en día utilizamos frecuentemente la denominación de “emprendedor” para describir a aquella persona que organiza y opera en una o varias empresas, asumiendo cierto riesgo financiero en el emprendimiento.

Cuando nos referimos a “empresario” quizás pensamos en una persona dueña de su propia empresa, concentrado en sus negocios, obsesionado por las ganancias, dedicado a obtener el mayor rendimiento de sus trabajadores y de sus inversiones. Hay quienes piensan que la figura del empresario en España ha sido machacada, considerado como aquel que se aprovechaba del trabajo ajeno, por lo que si eras un empresario de éxito, “algo malo tenías que haber hecho”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

“La palabra ‘emprendimiento’ se ha puesto de moda, igual que hace unos meses la de ‘innovación’, advierte Marina, que recuerda que la puesta en marcha de una empresa como una alternativa de autoempleo “es una solución necesaria y de emergencia”, para solucionar los niveles de paro que se registran en España, país que “no ha tenido altura emprendedora”, se lamenta Marina, y donde incluso un filósofo tan reputado como Miguel de Unamuno exclamó aquello de “¡que inventen ellos!”. La Administración española pone muchas dificultades para la creación de una empresa, en comparación con otros países donde en apenas unas horas puedes iniciar una actividad empresarial mientras en España hay que pasar varios meses de Administración en Administración hasta conseguir la aprobación. Las instituciones mantienen una actitud de desconfianza”.¹⁹³

El término “empresario” es más preciso y está directamente relacionado al término “empresa”. Es la persona que tiene un negocio en marcha, es propietario de él total o parcialmente, posee una visión de conjunto de la empresa, adopta las decisiones generales en la empresa (aunque puede delegar las decisiones operativas), planifica los objetivos a conseguir y diseña los medios para alcanzarlos, detenta el control estratégico, organiza la administración y gerencia el negocio directamente o por medio de otra persona que no es necesariamente accionista.

La noción de emprendedor se asocia más a la idea de asumir un riesgo, mientras que al empresario se lo vincula más a la toma de decisiones sobre un proceso. Por tanto, no todo empresario es un emprendedor, ya que el primero pudo haber heredado o comprado una empresa o bien ser un empleado de alto rango encargado de dirigir la administración.

Se comienza como emprendedor, innovando el negocio que se desea emprender, asumiendo riesgos, tomando decisiones y se aventura con el deseo de convertir una idea en un negocio y un negocio en una empresa. El agente empresarial realiza actividades de innovación, creación y descubrimiento de nuevas oportunidades empresariales y tiene iniciativa emprendedora en la economía de mercado, en un contexto de riesgo e incertidumbre. La existencia de oportunidades en el mercado incide en el resultado de su explotación y en el crecimiento económico.

El papel del empresario en la economía actual se caracteriza principalmente, según Bueno Campos, por su aptitud de liderazgo (capacidad de influir en los demás más de lo que éstos influyen en uno mismo), necesidad de que otras personas les sigan en la persecución de unos objetivos globales y capacidad empresarial. Es un experto estratega tanto en la formulación como en la

¹⁹³ José Antonio Marina, http://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2014-03-21/la-crisis-solo-ha-servido-para-consolidar-el-sistema-que-nos-ha-traido-hasta-aqui_104839/ (21 de marzo de 2014).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

implantación, con conocimientos de marketing y especial orientación al mercado y hacia el cliente, buen director de personal, con facilidad y habilidad en la comunicación y capacidad negociadora y de resolución de conflictos.

Tanto los factores psicológicos como los sociológicos son fundamentales en la etapa previa al nacimiento de la empresa, es decir, en la etapa de adquisición de motivaciones y de búsqueda de ideas. El empresario ha de enfrentarse a las complicadas circunstancias actuales recurriendo a las buenas prácticas directivas, a la formulación de estrategias a largo plazo y generadoras de valor, a la apuesta por los activos más valiosos de la empresa, a la búsqueda de nuevas oportunidades para innovar, al aprendizaje y a la experiencia para alcanzar la excelencia en la gestión empresarial. No hay reglas que garanticen la conversión de una persona en un gran empresario, sin embargo es necesario la combinación de virtudes gerenciales y la formación continua en la carrera de cualquier directivo.

¿El concepto de emprendedor es equivalente al de empresario o al de operador de mercado en sentido amplio?. Según el anteproyecto de Código Mercantil, los emprendedores, en la medida en que comienzan a desarrollar una actividad y accedan al mercado y compitan y ofrezcan unos productos o servicios, serán operadores de mercado y por tanto estarán regidos por el Código Mercantil, pero si hay una ley específica de emprendedores primará sobre la ley general y el Código Mercantil será norma supletoria.

Dentro de la representación mercantil se incluye a los auxiliares del empresario (empleados) y a los apoderados generales y singulares, en función de que sus apoderamientos se extiendan a todas las actividades o sólo a determinados actos del tráfico de la empresa. En general, el poder del factor se extiende a todo el giro o tráfico del establecimiento, no siendo necesario enumerar facultades concretas. El poder general puede ser conferido expresamente (verbalmente o por escrito) pero también puede resultar ex rebus, es decir, derivarse de las circunstancias, pues si el empresario o principal lo ha colocado “públicamente” al frente del establecimiento hay que deducir que le ha otorgado un poder general para gestionar dicho establecimiento pudiendo vincular al principal con los terceros. Estos poderes generales se inscriben en el Registro Mercantil con consecuencias, en caso de no inscripción.

Si el factor contrata con terceros por cuenta del principal o, genéricamente, dentro del giro o tráfico del establecimiento, el principal quedará obligado frente al tercero a cumplir el contrato (art. 286 Cco). El tercero podrá exigir el cumplimiento al principal pero pesa sobre él la carga de probar que el factor actuó por cuenta del principal y no en su propio interés. Por ejemplo, si compra materia prima de la que utiliza habitualmente la fábrica de la que es director general, habrá que presumir que lo hizo por cuenta del principal pero si se compra un coche, la cuestión no está tan clara. Por tanto si no manifiesta que actúa por cuenta del principal y no se deduce tal cosa de las circunstancias en las que se celebró el contrato, quedará el factor personalmente obligado (art. 287 Cco).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

En las relaciones internas (entre el factor y su principal), el factor está obligado a cumplir las instrucciones que le imparta el principal y ha de desempeñar su cargo con la diligencia de un buen empresario (art. 297). Además ha de actuar personalmente y si se hace sustituir por otra persona, responderá frente al principal de lo que haga ésta. Pesa sobre él una prohibición de competencia y está obligado a manifestar a los terceros con los que contrate que actúa en nombre de su principal (art. 284 Cco) dado que será éste el que quede vinculado con el tercero.

Los apoderados singulares se denominan dependientes o mancebos (art. 293 y 294 Cco). Son los que están trabajando en un establecimiento y ponen en relación al empresario o principal con terceros, normalmente, clientes.

El Anteproyecto de Código Mercantil refiere la capacidad para ser empresario a todas las personas físicas que gocen de plena capacidad de obrar, manteniendo, la regla que ha venido rigiendo al respecto en nuestro ordenamiento jurídico. Junto con esa capacidad, la ley puede exigir otros requisitos adicionales para la titularidad de determinadas empresas o el ejercicio de ciertas actividades empresariales y las prohibiciones, incompatibilidades e inhabilitaciones que pueden afectar a la titularidad de determinadas empresas o al desarrollo de ciertas actividades empresariales. La inobservancia de estas normas legales no impedirá la atribución del carácter de empresario al ejerciente de hecho, sin perjuicio de las consecuencias y sanciones que establezca la legislación aplicable. Se prevé también la inhabilitación por ley para ser titular de empresas, ejercer actividades empresariales o realizar determinados actos y contratos, con los efectos que establezca la norma inhabilitadora.

El concepto de empresario basado en el previo de la empresa como organización económica de producción de bienes o prestación de servicios no puede ya restringirse a lo “comercial”, según el concepto clásico que recoge el Código de Comercio de 1885, debe comprender también a empresarios dedicados a aquellas materias excluidas del Derecho mercantil, como la agricultura o la artesanía, que constituyen objeto de empresas cuyos titulares actúan asimismo en el mercado. Y debe comprender también a otras personas que, no siendo empresarios desde el punto de vista económico, dada la naturaleza intelectual de los bienes que producen o de los servicios que prestan (científicos, artísticos, liberales) han de incluirse entre los operadores sujetos a este Código. Esta equiparación se ha producido ya no sólo en el Derecho de la Unión Europea, que forma parte de nuestro Ordenamiento, sino en el de origen estatal, como sucede con el Derecho industrial y el Derecho de protección de los consumidores.

Es novedad que se asimilan a los empresarios los que se denominan operadores de mercado u operadores económicos, los cuales son definidos junto a los empresarios por cuanto su actuación en el mercado o su participación en los negocios jurídicos que se producen en el mismo tienen que someterse a la regulación jurídico-mercantil, de la misma manera que se produce cuando interviene en una operación determinada un empresario.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La figura del empresario no es la única protagonista de los operadores del mercado sujetos al Código, concepto que también abarca a los profesionales que ejercen actividades intelectuales, sean científicas, liberales o artísticas, cuyos bienes o servicios se destinen al mercado; a las personas jurídicas que, cualquiera sea su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en el Código, e incluso a los entes sin personalidad jurídica por medio de los cuales se realicen.

Al empresario, como figura central, le es aplicable plenamente el estatuto mercantil, esto es, el conjunto de normas que establecen especiales derechos y obligaciones para las personas así calificadas, en función de la titularidad jurídica de una empresa y de la actividad que a través de ésta realiza para el mercado. En el anteproyecto de Estatuto se integran las normas sobre régimen jurídico-privado de la empresa, responsabilidad y representación de su titular, registro mercantil y contabilidad, así como, en su conjunto, el Derecho de sociedades mercantiles. Estas normas legales especiales pueden extender su aplicación a los demás operadores del mercado incluidos en el ámbito subjetivo del Código de no existir otras que les sean específicamente aplicables por razón de la naturaleza de la persona, de la materia o de la índole de sus actividades.

El Anteproyecto regula los requisitos generales de capacidad del empresario para el ejercicio de su actividad, en nombre propio o por medio de sus representantes legales. El ejercicio por persona física de la actividad empresarial puede realizarse en nombre propio por quienes gocen de plena capacidad de obrar y por los menores emancipados; en este caso, la infracción de las limitaciones impuestas por la legislación civil no impedirá atribuir al menor ejerciente la condición de empresario, sin perjuicio de las consecuencias que afecten a los concretos actos realizados en contravención de aquellas limitaciones.

Por medio de sus representantes legales, los menores no emancipados podrán continuar el ejercicio de la actividad de la empresa que reciban por donación, herencia o legado. La misma regla se aplicará a las personas con capacidad modificada judicialmente y a los declarados ausentes, quienes, además, podrán continuar por medio de sus representantes legales la actividad empresarial que estuviesen ejerciendo al acaecer el hecho determinante de la modificación judicial de su capacidad o su desaparición.

La regla general de la responsabilidad patrimonial del empresario persona física no difiere de la común del Derecho de obligaciones, expresa el principio de responsabilidad patrimonial universal y el de paridad de los créditos: el empresario responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, sin distinción alguna entre quienes sean acreedores por razón de su actividad empresarial o por cualquier otra causa.

Reflejo de las reglas comunes es también el precepto dedicado a la responsabilidad del empresario persona casada. Si el régimen de bienes del matrimonio es el de gananciales u otro de comunidad, el empresario responde de las

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

obligaciones contraídas en el ejercicio de su actividad empresarial con sus bienes propios y con los comunes; si el régimen económico es de separación o de participación, únicamente con los propios. No se trata, pues, de normas especiales, sino de normas de aplicación expresa de las comunes al supuesto concreto del empresario casado.

Se ha incluido en el Anteproyecto, también como novedad, una norma sobre la responsabilidad patrimonial de la nueva figura del emprendedor de responsabilidad limitada, que presenta como característica el excluir la vivienda habitual de la responsabilidad por la realización de actividades económicas.

Para el Anteproyecto, los auxiliares del empresario se caracterizan por ser representantes integrados en la empresa en situación de dependencia. Con la finalidad de proteger la seguridad del tráfico, el régimen que el Código establece tiende a vincular al empresario por la actuación de sus auxiliares, tanto si están dotados de poder expreso (verbal o escrito) como si el poder es presunto o aparente. Se presume el poder cuando el auxiliar designado por el empresario para desempeñar en la empresa una función que implique relaciones con terceros, contrate con éstos; la apariencia de poder resulta de la actuación pública de una persona que, aun sin poder ni designación del empresario, aparezca en el desempeño de una función en la empresa que implique relaciones con terceros.

Define al apoderado general y singular de un empresario, refiriéndolos a quien pueda realizar las actividades que constituyan el giro y tráfico de la empresa, ya sea en su totalidad (apoderados generales) o actos determinados de ese giro y tráfico o ramas de su actividad (apoderamientos singulares). En el caso de los apoderamientos generales, el Anteproyecto no exige que se especifiquen las facultades concretas de los apoderados, aunque sí que se indique si el apoderamiento se extiende a toda la empresa o sólo a algunas de sus ramas de actividad o establecimientos, especificándose, en este último caso, las ramas o establecimientos en cuestión. Proclama taxativamente que "las limitaciones de las facultades del apoderado general no serán oponibles a terceros de buena fe aunque se hubieran inscrito en el Registro Mercantil", a diferencia de la regla para los apoderados singulares, para los que dispone que "las limitaciones al poder no inscritas no serán oponibles a tercero, a no ser que el empresario pruebe que éste las conocía o que los actos realizados por el auxiliar exceden de las facultades que notoriamente le corresponden o de las propias del puesto que ocupa en la empresa".

En relación con el anteproyecto de Código Mercantil, el Consejo de Estado entiende que, además de admisible, es positiva la directriz de no exigir que se especifiquen las facultades que corresponden a los apoderados generales de los empresarios, ya que tal requisito sería contradictorio con la propia definición de esos apoderados y proyectaría una innecesaria complejidad en el tráfico mercantil y en las relaciones entre tales apoderados y quienes entablen relaciones mercantiles con las correspondientes empresas. Cuestión distinta es la total inoponibilidad de las limitaciones de facultades que se hayan inscrito en el Registro Mercantil.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Entiende este Consejo que es preciso que el proyectado Código se plantee la sustitución de su actual artículo por una previsión que combinase varios elementos vinculados con la seguridad del tráfico mercantil, como son impedir las limitaciones de las facultades de un apoderado general que desnaturalizasen su condición de apoderado de tal carácter, obligar a que los empresarios proclamasen y diesen la adecuada publicidad a la extensión de los apoderamientos generales que confieran y exigir que toda limitación de las facultades de sus apoderados generales tenga que ser inscrita en el Registro Mercantil para poder ser opuesta a terceros de buena fe.

III.3.A.- CONCEPTO DE EMPRESA

La “empresa” generalmente es una entidad abstracta, una sociedad mercantil, una marca, un producto o un proyecto y el “empresario” es quien personaliza la empresa. En las pequeñas y medianas empresas, se confunde la empresa con su fundador o propietario.

La empresa es importante no sólo por la capacidad de producir bienes y/o prestar servicios de utilidad, innovadores y diferenciados, orientados a los clientes o, en general, al mercado, sino también por su contribución al desarrollo económico sostenible de la sociedad en la que actúa. La empresa genera riqueza, crea valor y genera empleo en la sociedad.

Existen multitud de definiciones de “empresa” según el punto de vista que analicemos (económico, social, tecnológico, psicológico...) por ser una realidad diversa, cambiante y compleja. La definición más escueta considera empresa cualquier entidad que ejerza una actividad económica.

Desde una perspectiva de economía de la empresa, se trata de un conjunto de factores productivos (humanos, técnicos y financieros) organizados y coordinados por la dirección, dedicados a la producción de bienes y servicios para su posterior venta en el mercado con el objetivo principal de obtener un beneficio, actuando bajo condiciones de riesgo.

La empresa es una unidad organizativa de producción destinada por el empresario al ejercicio y desarrollo de una actividad mercantil, industrial, comercial o de prestación de servicios, con el fin de obtener un lucro, asumiendo el empresario la responsabilidad derivada de su actividad mercantil. Organización integrada por un conjunto patrimonial de bienes y derechos y por unas relaciones jurídicas de muy diversa índole y, de forma especial, por las relaciones de trabajo.

El profesor Bueno Campos define la empresa como “la unidad económica que combina los distintos factores productivos, ordenados según una determinada estructura organizativa y dirigidos sobre la base de cierta relación de propiedad y

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

control, con el ánimo de alcanzar unos objetivos, entre los que destaca el beneficio empresarial”¹⁹⁴.

Pérez Gorostegui define la empresa como un sistema en el que se coordinan diferentes factores como producción, financiación y marketing¹⁹⁵.

Para Sánchez Gil, los caracteres definatorios de la empresa en el sistema económico capitalista son los que la definen como unidad autónoma de producción, poseedora de capital en mayor o menor medida y sometida a un riesgo,¹⁹⁶ que utiliza trabajo ajeno, además del trabajo del empresario, que no produce para el autoconsumo sino para el mercado y su actividad la motiva el lucro.

La empresa es una organización social, formada por la unión de personas que aportan recursos para conseguir una serie de objetivos que operan en el mercado, regida por una serie de principios y responsabilidades. Una empresa debe tener una razón de ser, una misión, una estrategia, debe tener objetivos, tácticas y políticas de actuación. Implica haber nacido de la visión previa del fundador, de la formulación y el desarrollo de un planeamiento estratégico de la empresa. La planificación de toda empresa está condicionada absolutamente por la definición de su misión o su razón de ser. La empresa es la materialización de una idea de forma planificada, dando satisfacción a demandas y deseos de los clientes, a través de una actividad comercial.

La empresa tiene varios contenidos, entre otros, podemos decir que es:

- Una unidad de producción formada por un conjunto de factores económicos que, consecuencia de una acción planeada y a través de un proceso de transformación, obtiene unos productos o servicios.
- Una organización dotada de una estructura interna jerarquizada con unos objetivos como la consecución de un beneficio empresarial.
- Una unidad financiera dotada de un capital que invierte para actuar en el mercado y satisfacer una demanda de bienes y servicios de

¹⁹⁴ Bueno Campos (2004): *Curso Básico de Economía de la Empresa*. Ed. Pirámide, Madrid.

¹⁹⁵ Pérez Gorostegui.(2005). *Introducción a la economía de la empresa*, Madrid. Centro de Estudios Ramón Areces.

¹⁹⁶<http://ocw.uma.es/ciencias-sociales-y-juridicas/economia-de-la-empresa-i/material-de-clase-1/GuzmanParraOcwT1.pdf>.

Bueno, Cruz. y Durán. (1996): *Economía de la Empresa. Análisis de las decisiones empresariales*, Pirámide, Madrid.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

forma que realizará un conjunto de transacciones financieras que la llevarán a un crecimiento sostenido y equilibrado.

- Una unidad de decisión o de dirección en la gestión para alcanzar sus objetivos y soportar los riesgos.
- Un sistema social formado por un conjunto de personas que mantienen unas relaciones de diferente tipo dentro de la estructura jerarquizada de la organización, configurando una determinada cultura y relaciones de poder.

Una empresa puede tener varios negocios o formas de generar ganancias y un negocio es una herramienta que nos permite organizar y planificar las actividades que debemos realizar para lograr las metas de una empresa.

El anteproyecto de Código Mercantil considera a la empresa como organización económica de producción de bienes o prestación de servicios, a partir de la cual se identifica a su titular (el empresario) y la actividad que desarrolla en el mercado. Se describe como organización de elementos diversos de la que resulta un nuevo valor, el fondo de comercio. Los bienes inmuebles e instalaciones en los que el empresario realiza su actividad se definen como establecimientos y se distingue el principal, centro de las operaciones desarrolladas, las sucursales, caracterizadas por estar dotadas de una representación permanente y de autonomía de gestión, y los demás establecimientos secundarios o accesorios.

III.3.B.- CLASES DE EMPRESAS.

Existen multitud de empresas y aunque comparten todas ellas los rasgos generales, las diferencias son tan grandes que es difícil establecer un solo criterio de clasificación. Además de por su dimensión (grandes, pequeñas, medianas, según ventas o empleados), localización o ámbito de actuación (locales, regionales, nacionales, multinacionales, etc), se pueden clasificar, entre otras, atendiendo a la propiedad de los medios de producción, a la naturaleza de la actividad económica que desarrolla o a su forma jurídica.

Dependiendo de quién posea los medios de producción o el capital de la empresa se dividen en empresas privadas, cuyo capital es propiedad de particulares (personas individuales o jurídicas) y empresas públicas, cuando el capital es propiedad total del Estado o siendo parcial su influencia en el sistema directivo es importante. Éstas se caracterizan porque permanecen bajo el control de las Administraciones públicas, se crean para conseguir una serie de objetivos públicos, tienen una responsabilidad pública en cuanto a su consecución, se ocupan de actividades mercantiles y comercializan bienes y servicios con la pretensión de, al menos, cubrir costes.

Según la naturaleza de la actividad económica que desarrolla se dividen en empresas del sector primario cuando tratan los recursos de la naturaleza en disposición de ser utilizados como las agrícolas, ganaderas y pesqueras (se

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

excluyen las mineras); empresas del sector secundario o transformadoras cuando desarrollan una actividad productiva en sentido estricto, es decir existe una transformación de inputs en outputs (mineras, industriales y de construcción) y empresas del sector terciario que constituyen el colectivo más heterogéneo de actividades como comunicaciones, profesionales o servicios.

Según su forma jurídica, se distingue entre empresas individuales y empresas societarias. En las empresas individuales existe un único propietario que el Código de Comercio denomina empresario o comerciante individual y se caracteriza porque éste asume todas las decisiones y tiene una responsabilidad ilimitada o lo que es lo mismo responde con todos sus bienes presentes y futuros frente a terceros. La empresa individual por sus características tiene una serie de ventajas pues el empresario tiene autonomía para regir como quiere su negocio y recibe la totalidad del beneficio. Además son empresas que gozan de una gran flexibilidad, es decir, se adaptan con facilidad a todos los cambios impuestos por el empresario individual. Pero también tiene dificultades como asumir riesgos ya que todos sus bienes están afectos a la empresa. Al depender de su fundador tiene unas posibilidades económicas limitadas y por tanto la garantía que puede ofrecer es escasa, con dificultades para obtener financiación, y por tanto para crecer y aprovechar oportunidades rentables de inversión porque los recursos financieros son aportados por el empresario o se obtienen en el mercado financiero. No es la más adecuada para emprender ambiciosos proyectos de inversión. Este tipo de organización predomina en aquellos sectores económicos en los que existe una tecnología que no exige mucha inversión ni conocimientos muy complejos. Se da más en sectores de servicios y algunas ramas industriales donde proliferan las empresas con un número reducido de empleados.

La responsabilidad universal del artículo 1.911 del Código Civil (donde el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros) ha hecho que el empresario social sea el más frecuente, máxime en las sociedades capitalistas en las que la responsabilidad de los socios queda limitada a los términos de su aportación pero no con sus bienes personales. Las empresas suelen adoptar una forma jurídica societaria cuando los negocios crecen y aumenta la complejidad, requieren un mayor volumen de recursos que es difícil que aporte una persona individual en concreto. El fundamento de la empresa colectiva debe buscarse en la relación que toda empresa tiene con el riesgo, ya que dicha empresa es una herramienta para repartir el peso del riesgo de la actividad en función de las aportaciones de cada inversor.

Mora Alarcón determina que cuando la actividad empresarial no se ejerce por una persona individual, sino por un grupo de empresarios organizado, nos encontramos con una empresa colectiva, que no debe confundirse con la sociedad

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

colectiva del Código de Comercio¹⁹⁷. La titularidad de la empresa colectiva depende de la forma en la que está organizada. En la empresa en formación donde no se han seguido los trámites formales de constitución, escritura e inscripción, el titular de la misma seguirá siendo la sociedad y no los socios ni los administradores incluso cuando se trate de una sociedad irregular carente de personalidad jurídica¹⁹⁸, pero la responsabilidad puede alcanzar a los propios socios.

Los distintos tipos societarios son consecuencia de una evolución histórica según se iban superando defectos de las sociedades existentes en cada momento. Podemos distinguir entre sociedades personalistas, capitalistas, mixtas y de participación. Y para fomentar la participación de los trabajadores en las decisiones que les afectan y proporcionarles unas mejores relaciones laborales se crean las sociedades laborales, las sociedades cooperativas y las sociedades agrarias de transformación.

También podemos diferenciar entre sociedades de personas y sociedades de estructura corporativa. Las sociedades de personas son aquéllas que se constituyen en atención a un vínculo personal entre los socios y en donde los socios no pueden transmitir su parte en la sociedad a otro sin consentimiento del resto de los socios e incluso si se muere o quiebra un socio la sociedad se disuelve; las decisiones se toman por unanimidad y todos los socios participan en la gestión; cada socio responde con todo su patrimonio personal de las deudas que hubieran contraído en grupo para realizar el fin para el que constituyeron la sociedad de tal manera que el patrimonio de la sociedad está comunicado con el patrimonio de los socios. Normalmente son formas sociales que responden a una estructura y un objetivo determinado y así, la sociedad civil para actividades no comerciales o industriales, la sociedad colectiva para actividades empresariales, la sociedad comanditaria simple como sociedad en la que hay socios que responden con todo su patrimonio de las deudas de la sociedad, socios colectivos y socios que tienen su responsabilidad limitada a lo que aportaron o socios comanditarios y la Agrupación de Interés Económico(AIE) para prestar servicios a los socios.

Por el contrario, en las sociedades de estructura corporativa se crea una organización (conjunto de reglas) que se separa de las personas de los socios y se hace autónoma, de manera que sobrevive con independencia de quienes sean en cada momento los socios y lo que les pase a éstos. Son formas societarias pensadas para fines duraderos, independiente de los intereses y de las capacidades singulares de los socios. Sus caracteres son opuestos a los de las sociedades de personas y así

¹⁹⁷ Mora Alarcón: Sociedad civil y comunidad de bienes (Doctrina, Jurisprudencia y Legislación, aspectos civiles y fiscales). 2ª Edición. Tirant lo Blanch tratados. Valencia 2000. Pag 171 y ss.

¹⁹⁸ José Antonio Mora Alarcón: Sociedad civil y comunidad de bienes. (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y legislación, aspectos civiles y fiscales), 2ª Edición. Tirant lo Blanch tratados. Valencia 2000. Pag. 136-137.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

se pueden transmitir las participaciones o acciones sin consentimiento de los demás socios; la muerte o quiebra de un socio no provoca la disolución de la sociedad; las decisiones se toman por mayoría y hay órganos sociales, esto es, se encarga la gestión a un órgano, el administrador si es un individuo o el consejo de administración si son más de dos los encargados y en donde los socios no responden con su patrimonio de las deudas de la sociedad. Hay aislamiento patrimonial y se dice por ello que los socios tienen limitada su responsabilidad. Obedecen a este modelo de asociación, entre otras, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones, la sociedad agraria de transformación, la sociedad de garantía recíproca, la cooperativa y la mutua de seguros.

Hay otras formas de organización destinadas a finalidad lucrativa o no (la asociación), para cualquier fin mutualista (la cooperativa o la mutua) u otro fin consorcial (la agrupación de interés económico).

III.3.C.- LA EMPRESA FAMILIAR

Dentro del tejido empresarial español destacan por su importancia cuantitativa y cualitativa las PYME y los autónomos. Los estudios demuestran que este tipo de empresas y emprendedores constituyen uno de los principales motores para dinamizar la economía española, dada su capacidad de generar empleo y su potencial de creación de valor. A ellos hace referencia tanto el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo como la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

La economía se fundamenta en gran medida en las pequeñas y medianas empresas y, dentro de ellas, en la empresa familiar donde el empresario titular de aquel conjunto patrimonial y de aquella organización en que se integran las relaciones jurídicas y laborales, es una persona o un grupo de personas, normalmente unidas por vínculos de consanguinidad o afinidad, que han vinculado su patrimonio personal a la actividad mercantil a que se dedican de forma habitual, como profesionales de la misma, asumiendo sobre sí toda la responsabilidad derivada de ella y con la perspectiva de continuidad en la familia de la actividad mercantil desarrollada.

La puesta en marcha de cualquier proyecto empresarial requiere adoptar decisiones en cuanto a la configuración del soporte jurídico. A la hora de constituir una empresa, puede optarse por distintas fórmulas dependiendo de las circunstancias sociales y económicas de la misma y la forma de constitución de la empresa familiar no es distinta, pero es conveniente que la decisión responda, en la medida de lo posible, a las necesidades futuras de la empresa y, en particular, a los intereses del grupo familiar. Para que la decisión sea la correcta es importante conocer las características particulares de cada fórmula jurídica, pues cuando una

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

persona o un grupo de personas cuentan con una idea empresarial y deciden llevarla a la práctica creando una empresa, se inicia un proceso de dudas y preguntas sobre cómo abordar el proyecto, cómo organizar la empresa, cómo financiarse, cómo es el mercado, cuál es la cobertura legal, qué obligaciones se contraen, qué riesgos se asumen, etc. Al crear una empresa hay que realizar una planificación de carácter general: definición de la actividad, valoración de los riesgos, análisis de la disponibilidad financiera o estudios de viabilidad.

El proceso de constitución de una empresa familiar y la elección de su forma jurídica puede estar condicionado, en principio, por los mismos factores que en cualquier otro tipo de empresa (tamaño, número de promotores, responsabilidad, necesidades financieras, etc). Para un empresario individual cabeza de familia, los ingresos constituyan el principal sustento de la misma y si existe una voluntad de continuar el negocio en el ámbito familiar, podría considerarse el germen de lo que en el futuro será una empresa familiar pues cuando se trata de empresas de primera generación es frecuente encontrar empresas individuales y comunidades de bienes mientras las empresas familiares con más antigüedad, mayor volumen de negocio y en las que ha existido reemplazo generacional, suelen presentar la forma de sociedad mercantil.

Los trabajadores por cuenta propia que operan en régimen de autónomos, constituyen el umbral de potenciales empresas familiares. En España muchas de las empresas familiares actuales surgieron en su tiempo como iniciativas individuales, que a lo largo del tiempo se han consolidado como grupos familiares y hoy en día el número de este tipo de empresas supera los dos millones, generando entre un 65% y un 70% del Producto Interior Bruto (PIB) y, aproximadamente, el 75% del empleo, con cerca de nueve millones de trabajadores, de los cuales más de un millón y medio son autónomos¹⁹⁹.

Son muchas las empresas que, en los próximos años, van a verse inmersas en un proceso de sucesión generacional. Su importancia a nivel económico y la necesidad de generar un marco que facilite su crecimiento y desarrollo, justifican que la Comisión Europea pida a los Estados miembros que adopten medidas en favor de la supervivencia de este tipo de empresas como principales agentes de creación de riqueza y de generación de empleo además de contribuir a la creación de cadenas para productos y servicios que representan la mayor parte de la demanda en el mercado.

¹⁹⁹ Guía para la pequeña y mediana empresa familiar. (2008) Dirección General de Políticas de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. <http://www.iPYME.org/publicaciones/empresafamiliar.pdf>.

Albiñana Garcia-Quintana: “Aproximación a un concepto de empresa familiar”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La empresa familiar presenta ciertas peculiaridades, según la forma que adopte, y cuando la empresa está constituida como comunidad de bienes, la totalidad del patrimonio empresarial, como unidad patrimonial, pertenece pro indiviso a todos los miembros del grupo familiar, atribuyéndose a cada uno de ellos una cuota ideal en el condominio que va a determinar la participación de cada uno de ellos en las cargas, responsabilidades y beneficios de la empresa, así como la asunción del riesgo por cada uno de ellos. Esas cuotas de participación en la empresa serán las que hayan determinado los miembros del grupo familiar mediante pacto, atribuyendo a cada uno de ellos un porcentaje de copropiedad sobre la empresa. Si no se hubiese hecho pacto alguno de atribución de cuotas de copropiedad, se entenderá que las mismas son iguales para todos ellos. Dado que estas cuotas determinan la participación en beneficios y cargas, cualquiera de los miembros del grupo familiar tiene derecho para obligar a los demás a contribuir a las cargas en la debida proporción que le corresponda.²⁰⁰

La dirección y administración de la empresa familiar concebida como comunidad de bienes se llevará, como norma general, mediante los acuerdos por mayoría de los miembros del grupo familiar, entendiéndose que existe mayoría, no cuando voten a favor del acuerdo la mayoría numérica de los miembros del grupo, sino los que representen la mayoría de las cuotas de participación, según establece el Código Civil, en su art. 398.2. Ahora bien, pueden los miembros del grupo familiar organizar la dirección y administración de la empresa de forma diferente a la indicada, repartiendo las competencias y funciones entre ellos en el modo que estimen más conveniente, atribuyéndose los distintos cargos de dirección de la empresa y fijando un régimen de responsabilidad interna entre ellos, en el modo que el Código Civil recoge para la sociedad civil. En todo caso, si no fuese posible alcanzar la mayoría de las cuotas de participación o el acuerdo adoptado resultase gravemente perjudicial para el grupo familiar y la buena marcha de la empresa, se puede acudir al amparo judicial, adoptando el Juez las medidas que estime más convenientes, incluso el nombramiento de un administrador (art. 398.3 del CC).²⁰¹

²⁰⁰ Alberto Calvo Meijide: “Concepto, forma y continuidad de la empresa familiar. Reflexiones sobre sus aspecto jurídico”.

²⁰¹ En relación con la administración y representación de la empresa familiar hay que distinguir una y otra facultad; cuando se habla de administración se hace alusión a cuestiones de régimen interno de la empresa, esto es, los acuerdos y decisiones que tienen que tomar los miembros de la empresa en defensa de sus intereses comunes, es decir, las decisiones que afectan a los comuneros y a la marcha de la empresa, para lo que se exigiría la adopción de dichos acuerdos en el modo pactado o por la mayoría de las cuotas de participación; sin embargo, cuando se habla de representación de la empresa, se alude a sus relaciones con personas ajenas a la misma. Ambas funciones son, en la práctica difíciles de deslindar, pero conceptualmente es necesario diferenciarlas. Pues bien, para que la empresa familiar quede obligada con un tercero por los actos de uno de sus miembros, se requiere (art. 1697 del CC) que el mismo actúe como representante de la empresa y por cuenta de la misma, que tenga poder para obligarla, por mandato expreso o tácito, y actúe dentro de los límites señalados en el poder o mandato. Esa representación puede venir conferida de forma solidaria o mancomunada. La representación solidaria supone que la facultad de representación se ha

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

En relación a la transmisión de la empresa familiar constituida en régimen de comunidad de bienes se pueden plantear dos problemas: la enajenación de la porción indivisa correspondiente a uno de los cotitulares de la empresa con la posibilidad de dar entrada a terceras personas ajenas al ámbito familiar y el problema de la división de la empresa, propiciado por el derecho de todo condómino a pedir la división de aquélla.

Todo copropietario de la empresa familiar tiene la plena propiedad de su parte y puede enajenar, ceder, hipotecar, es decir, tiene plena capacidad de disposición sobre ella, pero teniendo en cuenta que su capacidad de disposición se limita a su parte en el condominio de la empresa. Con ello se puede dar entrada en la empresa a personas totalmente ajenas al ámbito familiar originando una situación nueva, quizás no querida por los otros titulares de la misma o no querida por el testador causante de la herencia en la que se adjudicó la empresa a varios de los hijos o parientes de aquél. Ello se puede evitar mediante pacto entre los copropietarios de la empresa, por el cual se reconozca el derecho de tanteo a favor de todos ellos para el caso de que uno quiera enajenar o ceder su parte a persona ajena, es decir otorgando a todos los partícipes en la empresa el derecho a la adquisición preferente de las partes que se pretendan enajenar o ceder por algunos de ellos. Además se puede ampliar a estos casos de copropiedad sobre empresa familiar el derecho de retracto de comuneros que el Código Civil reconoce a favor los copropietarios de cosa común, para el caso de enajenarse la parte de alguno de ellos a un extraño (art. 1522 del CC).²⁰² Así, tanto por la vía del establecimiento del derecho de tanteo o preferente de adquisición como por la del derecho de retracto, se instrumentan medios para evitar que la empresa familiar pase a manos de personas ajenas a la familia, aunque, ciertamente, esta seguridad no sea plena, pues si no ejercitan esos derechos, el cotitular que desee enajenar o ceder lo podrá hacer, consolidándose la enajenación o cesión.

La empresa familiar, en cuanto patrimonio universal destinado a una actividad mercantil, no se puede dividir en los distintos bienes y derechos que lo

encomendado por los miembros de la empresa familiar a varios de sus miembros, los cuales van a poder ejercer todos los actos de administración y representación sin contar con el consentimiento de los otros, es decir, con absoluta independencia los unos de los otros (art. 1693). Si la representación viene conferida en forma mancomunada, las personas así designadas deben actuar conjuntamente, necesitando unos el consentimiento de los otros para la validez de los actos, es decir, se requiere el concurso de los administradores (art. 1694).

²⁰² El retracto es el derecho de subrogarse uno de los cotitulares de la empresa familiar, con las mismas condiciones estipuladas entre el condómino que enajena o cede su porción y el adquirente de la misma, en la situación jurídica de éste; por ello, si uno de los titulares en condominio de la empresa familiar cede o enajena su parte a una persona extraña al círculo familiar de los cotitulares de aquélla, éstos tienen derecho a sustituir a la persona del adquirente, cuyos derechos en su total integridad pasan al cotitular de la empresa familiar que ejercitó el derecho de retracto. Si fuesen varios los comuneros que ejercitan este derecho, la porción enajenada se repartirá entre todos ellos en proporción a su parte en la copropiedad de la empresa.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

integran, dado que hay una unidad interna de todos esos elementos, pues en tal caso, resultaría inservible para seguir constituyendo una empresa familiar pero sí podría dividirse ese patrimonio en dos o más patrimonios menores, para la constitución de varias empresas familiares, lo que vendría a tener su equivalencia en la escisión de las sociedades mercantiles. En el caso de imposibilidad de división de la empresa, como los cotitulares no están obligados a permanecer en la copropiedad, cualquiera de ellos que lo desee podrá vender su parte a los otros cotitulares, excluyéndose así de la empresa, o bien vender todos los cotitulares la empresa íntegra a un tercero y repartirse entre los miembros del círculo familiar el importe de dicha venta.

III.4.- LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE ASOCIACIÓN

La libertad de empresa puede realizarse colectivamente, estando el Estado obligado a proteger su actuación.²⁰³ La libertad de empresa debe potenciar la creatividad en el ámbito económico y dar autonomía a los ciudadanos permitiéndoles «ganarse la vida» puesto que, junto con el derecho al trabajo y al libre ejercicio de una profesión u oficio, su razón de ser es la posibilidad de permitir a los ciudadanos la libre elección de los medios para alcanzar sus fines vitales y proyectar su capacidad en la esfera comercial e industrial²⁰⁴.

Los poderes públicos deberían regular de forma que no perjudiquen actuaciones que puedan afectar a la manera de ganarse la vida los individuos dignamente y existe una clara relación de los derechos mencionados con la dignidad humana pues una vida digna ha de ir acompañada con el trabajo, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena (art 10 CE).²⁰⁵

La libertad de empresa no es un derecho fundamental porque el Tribunal Constitucional no lo considera como tal, ésta es la razón de la poca importancia que

²⁰³ Cándido Paz-Ares Rodríguez y Jesús Alfaro Águila-Real: “Comentarios a la Constitución Española” y “Un ensayo sobre la libertad de empresa”, en Estudios-Homenaje a Luis Díez-Picazo.

²⁰⁴ Cindoncha Martín trató sobre el tema en su tesis doctoral “La Libertad de empresa en el marco de la economía de mercado: El artículo 38 de la Constitución Española”. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho Madrid.

Medina Guerrero: “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”.

²⁰⁵ Cándido Paz-Ares Rodríguez y Jesús Alfaro Águila-Real: “Comentarios a la Constitución Española”.

Cándido Paz-Ares Rodríguez: “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía en general y de la planificación” en “Comentario a la Constitución socio-económica de España”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

ha tenido en España el artículo 38 CE que protege específicamente la libertad de empresa y su aplicación, frente a lo ocurrido en Alemania (que fue el modelo en que se inspiraron nuestros constituyentes a la hora de elaborar el catálogo de derechos fundamentales en nuestra Constitución) pues el Tribunal Constitucional español se inclina por calificar la libertad de empresa como mera *garantía institucional* y al poner en un primer plano este carácter institucional da por buenas prácticamente todas las regulaciones, restricciones e intervenciones estatales que se someten a su juicio a través de los correspondientes recursos o cuestiones de inconstitucionalidad. El concepto de garantía institucional debe ser respetado en general, pero no es accionable como derecho subjetivo y puede ser totalmente anulado en cada caso concreto, por lo que casi nunca prospera la alegación de violación del art. 38 CE²⁰⁶ por los poderes públicos, cuando es invocada por los recurrentes²⁰⁷.

La permanente transformación del mercado y la amplitud de las regulaciones e intervenciones en las actividades económicas sobre las que esta libertad se proyecta, hacen que sea un derecho complejo y en continua evolución.

Los parámetros constitucionales de la libertad de empresa refuerzan la vigencia del principio general de autonomía de la voluntad que, desde antiguo, informa la regulación de los contratos en nuestro Código Civil y Mercantil. Por tanto la libertad de empresa no se circunscribe únicamente a las fases de acceso al mercado o a las cuestiones directamente relacionadas con la competencia sino también de otros aspectos de la actividad mercantil. La misma libertad constitucional que permite a una persona acceder al mercado o mantenerse en él, concurriendo con sus competidores, le habilita además para decidir en torno a las condiciones de sus transacciones económicas. Esta faceta de la libertad de empresa incide en los procesos de contratación y, especialmente, a la hora de fijar el contenido de las prestaciones que son objeto de tales contratos. La participación en la vida económica a que alude la Constitución alcanza al ámbito concreto de las actuaciones que los ciudadanos y sus grupos llevan a cabo en el mercado, cuya primera expresión jurídica es sin duda el contrato, por el papel fundamental que el mismo desempeña en la circulación de la riqueza del país a través del intercambio de todo tipo de bienes y servicios²⁰⁸.

²⁰⁶ El art. 38 reconoce el derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. Rodríguez Pérez: “El derecho a la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución española: estudio sobre su interpretación y las dificultades para su desarrollo y aplicación” Tesis doctoral de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Facultad de Ciencias Jurídicas.

²⁰⁷ García Roca: Prólogo a “La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?” de Ignacio García Vitoria.

²⁰⁸ “La libertad económica como derecho a la libertad de empresa: su ordenación constitucional”, homenaje a Cesar Albiñana, por Martín Retortillo.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La regulación de las actividades empresariales no es regulación de los derechos constitucionales garantizados, aunque siempre habrá de tenerse presente el principio de legalidad, que impide a la Administración dictar normas sin la suficiente habilitación legal pues mientras los ciudadanos tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establezca deberes positivos (artículos 30 y 31, entre otros) los titulares de los poderes públicos tienen, además, un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución²⁰⁹.

La iniciativa de empresa puede ser objeto de una asociación y el Código Civil, en sus arts. 35.2 y 36, habla de asociaciones de interés particular sean civiles, mercantiles o industriales. Las asociaciones empresariales son ventajosas tanto para sus miembros como para el interés general porque dotan de mayor eficiencia, dinamismo y competitividad el funcionamiento del sector representado.

Son importantes las asociaciones para que sus asociados puedan cumplir sus expectativas empresariales y encontrar su puesto en la sociedad y con ello un trabajo para el sustento personal y de su familia, haciendo de su actividad empresarial su medio de vida. Pero también al organizarse, los empresarios se hacen más competitivos.

La asociación como tendencia natural de las personas y como instrumento de participación constituye un fenómeno sociológico y económico respecto al cual los poderes públicos no pueden permanecer al margen y deben posibilitar su ejercicio. Es la unión de personas para la realización de una finalidad que puede ser económica (lucrativa o no lucrativa). El ánimo de lucro no es diferenciador entre sociedades y asociaciones y ambas potencian el libre desarrollo de la personalidad de los individuos que forman el grupo. El asociacionismo constituye una exigencia de la sociedad contemporánea, en la que el individuo aislado carece frecuentemente de posibilidades reales de actuación frente a las poderosas y anónimas organizaciones empresariales²¹⁰. El legislador debe tener esto en cuenta al regular las asociaciones de empresarios o comunidades de empresa y facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas en el mercado.

²⁰⁹ El artículo 35 de la Constitución (CE) garantiza la libre elección de profesión u oficio, el artículo 38 la libertad de empresa y el art. 22 el derecho a constituir sociedades para el ejercicio de las dos anteriores libertades.

²¹⁰ De interés los artículos de “Asociaciones y Constitución” de Fernández Farreres. “Asociaciones y poderes públicos” de Garrigou Lagrange. “Precisiones sobre el tratamiento jurisprudencial del derecho de asociación” de Pérez Sola en Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz- Rico. “La asociación. Su régimen jurídico en Derecho español” de Sánchez de Frutos. Pantaleón: “Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)”. Lluís y Navas: “Derecho de Asociaciones”. González Pérez y Fernández Farreres: “Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo”. Quesada Sánchez: “La personalidad jurídica de la asociación en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Es tarea primordial del Estado crear un marco institucional que facilite la actividad económica, en general, y la empresarial en particular pues es el sector público el encargado de delimitar la actuación de la empresa como asociación de personas, sujetos de derechos que se unen para una finalidad determinada, posible y lícita, con objeto de salvaguardar los intereses generales.

El desempeño de la actividad empresarial tiene repercusiones sociales y aporta a la economía un continuo dinamismo. La competencia a la que se enfrenta el empresario es producir bienes y servicios de mejor calidad y más baratos para los consumidores. El beneficio que obtiene el empresario es solo una parte del resultado total que su actividad genera, ésta produce efectos sobre otras empresas y empresarios, nuevos sueldos e impuestos que serán redistribuidos a la sociedad y así continúa un proceso indefinido que constituye la riqueza de la que toda la sociedad participa.

Consecuencia de la crisis es el elevado nivel de desempleo derivado de la destrucción masiva de empresas y la reducción de las plantillas de las que han logrado sobrevivir. Nuestro país cuenta con un marco poco favorable para el desarrollo empresarial, ya que no sólo es bajo el índice de supervivencia y consolidación empresarial, especialmente de pequeñas y medianas empresas, sino también para su creación en relación con otros países. Para garantizar el éxito de la actividad emprendedora debería resultar fácil tanto la creación como el cierre de una empresa en el mercado, siendo fundamental contar con un marco legal adecuado, con la consiguiente seguridad jurídica, en el que las instituciones deberían facilitar y favorecer tanto la innovación como la actividad garante del crecimiento económico a largo plazo.

A día de hoy pocos se cuestionan la gran aportación al bienestar de la sociedad que realiza el empresario a través de su actividad empresarial. Más allá de la visión clásica meramente inversora o aportadora de capital, existe actualmente suficiente consenso sobre la importancia de las funciones empresariales dentro de un contexto de libre mercado no sólo en el ámbito económico sino también en otras dimensiones sociales. La figura del empresario cobra especial relevancia cuando la iniciativa empresarial se convierte en una herramienta clave para fortalecer el tejido productivo de nuestra economía y para reactivar el empleo. Los marcos regulatorio y educativo deberían ser adecuados para incentivar la cultura emprendedora y garantizar el éxito del proyecto emprendedor.

En España la existencia de ciertas rigideces y trabas desfavorables para la iniciativa empresarial y la ausencia de una política adecuada que sirva de soporte para la creación de empresas hacen que escasee el espíritu emprendedor. Son necesarias políticas orientadas a facilitar el acceso a la financiación, a reducir las trabas fiscales y administrativas, especialmente en lo referente a la apertura y al cierre de las empresas, a estimular la innovación, a mejorar el marco de relaciones laborales y la formación continua y a impulsar, a partir de todos los niveles

educativos, valores como la creatividad, la iniciativa, la asunción de riesgos o la innovación.²¹¹

III.4.A.- CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS Y AGRUPACIONES SIN PERSONALIDAD

La asociación de empresas puede entenderse como agrupación de empresas cuyo objetivo es asegurar la defensa de los intereses generales de las empresas que son miembros²¹² para obtener mejores resultados que los que lograrían sus miembros actuando de forma aislada.²¹³

La finalidad de la agrupación de empresas estriba en facilitar y fomentar las actividades económicas de sus miembros, mediante la unión de recursos, actividades y competencias. La cooperación empresarial favorece el abaratamiento de costes, aprovecha recursos comunes y distribuye los riesgos implícitos a proyectos en donde una sola empresa pueda comprometer su futuro.

Para la actuación en el mercado a veces las empresas necesitan asociarse y así aunar recursos y reducir gastos, sobre todo en época de crisis, haciéndolas más competitivas. Constantemente surgen figuras asociativas porque el carácter asociativo es elemental en la naturaleza humana y protegido constitucionalmente. La globalización de la economía supuso un cambio en la concepción tradicional de las empresas españolas por la necesidad de hacerlas más competitivas.

Nuestro legislador es consciente de la necesidad de las asociaciones empresariales y en la propia legislación de contratos (LCSP) incluye y regula a las uniones temporales de empresas como entidades necesarias para la realización de grandes proyectos administrativos.

La pertenencia de nuestro país a la UE y las necesidades de inversión en tecnología apoyan la necesidad de crear grandes empresas o unidades empresariales formadas mediante fusiones y absorciones empresariales. Estos procesos de asociación o agrupación de empresas son una de las vías de concentración empresarial que implican un rápido crecimiento empresarial. Se crean unidades empresariales de gran tamaño conviviendo con pequeñas y medianas empresas que

²¹¹ “El papel del empresario en la Economía de mercado”. Revista del Instituto de Estudios Económicos, nº1/2011.

²¹² García de Enterría y T.R. Fernández: Curso de Derecho Administrativo II, 9 edición, Civitas, Madrid, 2004.

²¹³ Reglamento (CEE) n.º 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE) (DO L 199, p. 1, EE 17/02, p. 3).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

son más competitivas en algunos sectores económicos como en la construcción (empresas auxiliares o subcontratas).

Para la supervivencia y la estabilidad de las empresas o su crecimiento es importante la financiación, mediante autofinanciación o utilizando recursos ajenos. El crecimiento puede ser interno, conseguido de manera autónoma, sin relación con otras empresas, o externo que implica relación con otras empresas. Éste es el más frecuente, utilizando figuras jurídicas como la *Joint-ventures*, creando empresas de capital mixto, realizando fusiones y absorciones empresariales u otras cooperaciones y asociaciones de empresas con diferentes fórmulas jurídicas que no requieren la extinción de la personalidad jurídica de las empresas intervinientes. El crecimiento externo permite aumentar la cuota de mercado, mayor capacidad productiva, ventajas financieras e incluso fiscales y facilita un crecimiento más rápido que el crecimiento interno.

Existen “Uniones Transitorias de Interés” como las *ute*, las *joint venture* o el consorcio italiano (entre otras). El término *joint venture* no es un concepto jurídico, sino que es un concepto económico²¹⁴ y se refiere a convenios realizados por sociedades o empresarios individuales para llevar a cabo un proyecto común. Es una forma asociativa mediante la cual los partícipes forman una sociedad a los fines de llevar a cabo su objetivo²¹⁵. Es un instrumento de concentración empresarial en

²¹⁴ Guillermo Cabanellas de las Cuevas y Julio Alberto Kelly: “Contratos de colaboración empresarial”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1987, para quienes el *joint venture* en sentido amplio es un instrumento de análisis económico y empresarial, empleado por los profesionales del Derecho para hacer referencia a entes de muy variable status jurídico.

Andrea Astolfi: “El contrato internacional de *joint venture*”, en *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, T.14, 1983, p. 643.

Gabriel Binstein y Enrique Gene Gustavo: “Algunas notas sobre las *joint ventures*” en *La Ley*, T. 1989 A, p. 1052.

Juan Carlos CASSAGNE: “Los consorcios o uniones transitorias de empresas en la contratación administrativa” en *El Derecho*, T. 106, p. 787.

Juan Luis Colaiacovo, Avaro, Ruben Daniel, Rosado de Sa Ribeiro, Marilda, y Narbona Veliz, Hernán: “*Joint Ventures* y otras formas de cooperación empresarial internacional”, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1993.

Sergio Le Pera: “*Joint ventures* y otras formas de cooperación entre empresas independientes” en *La Ley*, T. 1977-D, p. 908.

Ricardo Lorenzetti: “Contratos asociativos y *joint venture*” en *La Ley*, T. 1992-D, p. 789.

²¹⁵ Los primeros ordenamientos que tipificaron esta modalidad fueron el de Inglaterra, mediante la *Partner Ship Act* de 1890 y, el de Estados Unidos mediante la *Uniform Partner Ship Act* y la *Uniform Limited Partner Ship Act* dictada en 1914. Por medio del *joint venture* los partícipes limitaban los riesgos y la responsabilidad de las expediciones realizadas en América y Oriente. Con

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

el que los partícipes coordinan sus actividades propias o realizan en conjunto un emprendimiento, manteniendo entre sí relaciones independientes. Es una “aventura conjunta” que posee características de contrato *intuitio personae* ya que requiere de confianza recíproca, honestidad, buena fe y lealtad de los partícipes, que puede tener o no personalidad jurídica en función del tipo de contrato y los partícipes conservan su individualidad, obteniendo ganancias o soportando pérdidas en proporción a la contribución que realizan.

El Consorcio italiano por sus características fue un antecedente de la Agrupación de Colaboración y aunque se denominara consorcio reunía las notas del *joint venture*. Es una figura contractual del Código Civil italiano, contrato asociativo que no posee personalidad jurídica y no es considerado una figura societaria. Quienes integran el consorcio tienen por fin constituir una organización común para la regulación y desarrollo de diversas fases de la actividad de las empresas de los partícipes por un plazo máximo, debiendo responder el fondo común de las obligaciones asumidas en nombre del consorcio. La responsabilidad de los partícipes es solidaria y en el caso de insolvencia de alguno de los integrantes del consorcio la deuda del insolvente se reparte entre todos en forma proporcional a las cuotas que poseen²¹⁶.

La concentración, el grupo, genera vínculos económicos y organizativos derivados del propósito principal de la obtención de un fin empresarial común. Desde el punto de vista jurídico formal, los componentes del grupo de empresas gozan de autonomía y personalidad jurídica propia como personas físicas o jurídicas, como empresas diferenciadas que son y cuando no hay integración jurídica los objetivos pueden conseguirse con bastante eficacia porque los costes económico y humanos se reducen, aunque también tiene sus desventajas e inconvenientes como más control y con ello pérdida de autonomía decisoria. Es una unidad económica a la que se subordinan todas las empresas componentes que se refleja en la acción unitaria al exterior.²¹⁷

Son importantes agrupaciones de empresas las cooperativas y las sociedades de garantía recíproca. Las sociedades cooperativas se encuadran en el grupo de sociedades de interés social, dentro de las sociedades mercantiles, nacen porque varias personas tienen intereses comunes y deciden unir sus esfuerzos y su capital para llevar a cabo una actividad empresarial. Es una asociación autónoma de

la evolución de la jurisprudencia y luego de la Primera Guerra Mundial se modificó la postura jurisprudencial admitiendo que los partícipes de una Corporation integraran un joint venture si no existían perjuicios para terceros. Luego de la Segunda Guerra Mundial, se utilizó esta figura para llevar a cabo obras de envergadura, en industrias tales como la petrolera, minería y metalurgia.

²¹⁶ Zaldivar, Manovil y Ragazzi: “Contratos de colaboración empresaria”, Abcledo Perrot. Buenos Aires, 1982.

²¹⁷ STS 30 junio 1993.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

personas, tanto físicas como jurídicas, que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática. Cada Cooperativa es una empresa, en el sentido que es una entidad organizada que funciona en el mercado y debe esforzarse para servir a sus miembros eficiente y eficazmente.

Las cooperativas se ajustarán en su estructura y funcionamiento a los principios y valores formulados por la Alianza Cooperativa Internacional. Cualquier actividad económica y social lícita puede ser organizada y desarrollada mediante una cooperativa. La Constitución española del 98, en su art. 129.2, manda a los poderes públicos que promuevan eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomenten, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas y que establezcan los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

Las sociedades de garantía recíproca (SGR) constituyen un instrumento al servicio del desarrollo industrial. Son entidades financieras sin ánimo de lucro, de ámbito de actuación específico (por autonomías o sectores), reguladas por el Banco de España. Son sociedades constituidas por pequeñas y medianas empresas, cuya función principal es concederles avales que permitan a éstas acceder a la financiación bancaria y obtener créditos en mejores condiciones que las que conseguirían en el mercado acudiendo a título individual.

También cabe destacar y hacer referencia a otras agrupaciones de profesionales o empresas como son las asociaciones profesionales y a las agrupaciones de interés económico.

III.4.B.- ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES

Las sociedades profesionales tienen como objeto exclusivo y excluyente, el ejercicio de una actividad profesional colegiada, admitiendo las sociedades multidisciplinarias. Cuando dos o más profesionales deciden unir su experiencia para construir un proyecto común se plantean cómo actuarán en el mercado, buscando fórmulas operativas y rentables bajo las que ejercer su actividad. Los profesionales pueden actuar de forma independiente asumiendo cada cual sus propios clientes y facturando individualmente o actuar conjuntamente constituyendo una comunidad de bienes o una sociedad profesional, que aunque no son las únicas formas, son recurrentes y las consideraciones fiscales, financieras, económicas o mercantiles, están presentes en esta decisión. Al iniciar la actividad empresarial, es conveniente tener una idea de cuál va a ser el volumen de facturación aproximado de la empresa, si la facturación es pequeña, lo habitual es que se opte por la forma de empresario individual o la comunidad de bienes, que es una de las fórmulas más sencillas para su constitución debido a sus pocos trámites, la fácil gestión formal de la misma y su relativo poco coste en comparación con la sociedad profesional, aunque la responsabilidad personal ilimitada del empresario

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

en caso de deudas puede hacer decantarnos por una sociedad profesional limitada. Si se quiere constituir una sociedad con personalidad jurídica propia e independiente de sus socios que se dedique a una actividad profesional colegiada la Ley impone "necesariamente" constituirse como sociedad profesional pero esta opción lleva consigo mayores obligaciones formales que el mero ejercicio por cuenta propia sin interposición de persona jurídica. "Las sociedades que tengan por objeto el ejercicio en común de una actividad profesional (o de varias cuyo desempeño no se considere incompatible) deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales"²¹⁸.

Desde el punto de vista económico, el proyecto común de profesionales que se unen sitúa a éstos en una mejor posición competitiva frente a quienes actúan individualmente, logrando ofrecer cierto grado de especialización en las materias, consiguiendo economías de escala y economías de producción conjunta.²¹⁹

La opción de Comunidad de Bienes es interesante para determinadas profesiones sobre todo en época de crisis, donde sectores como la Parafarmacia, pueden dividir la carga fiscal entre los miembros de dicha comunidad. Además la cotitularidad tiene otras ventajas como son la ayuda a la adquisición de una oficina de farmacia, compartiendo la inversión de la misma y permite realizar a los cotitulares unos horarios más flexibles que hacen conciliar mejor la vida personal y profesional. La constitución es sencilla, ya que sólo necesita un documento privado (siempre y cuando no haya aportación de bienes inmuebles) y pedir en la Administración de Hacienda el correspondiente CIF que la permita funcionar como persona jurídica.

La figura de CB también es muy usada para poder compartir los gastos comunes de los letrados que se asocian, les permite que todos los gastos y compras de bienes sean facturados a la Comunidad, simplificándose el trámite de presentación de ciertos modelos tributarios.

De acuerdo con los términos del Anteproyecto, las actuales sociedades civiles profesionales, en la medida en que suponen una prestación de servicios para el mercado, pasarían a ser mercantiles en todo caso. Este planteamiento no se ha traducido, sin embargo, en la eliminación de la posibilidad, actualmente contemplada en la Ley 2/2007, de que se constituyan sociedades civiles profesionales. Tampoco resulta coherente con la formulación del criterio de determinación de la mercantilidad de las sociedades en razón de su objeto que el

²¹⁸ Sentencia nº 7/2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de las Palmas.

²¹⁹ Paz-Ares Rodríguez: "Las sociedades profesionales. Principios y bases de la regulación proyectada. Crítica de Derecho Inmobiliario".

García Pérez: "El ejercicio en sociedad de profesiones liberales".

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

artículo 140-2.1º.c) del Anteproyecto considere sujeto inscribible a "las sociedades profesionales, cualquiera que sea la forma jurídica de su organización". Esta previsión tiene sentido atendiendo a los términos actuales de la Ley 2/2007, en la que, como dice su exposición de motivos, "se someten las sociedades profesionales a un régimen de inscripción constitutiva en el Registro Mercantil en todos los casos, incluso cuando se trate de sociedades civiles". Pero dado que para el Anteproyecto de Código todas las sociedades profesionales deberían tener carácter mercantil, carece de sentido que se contemple a las sociedades profesionales, cualquiera que sea la forma jurídica de su organización como un sujeto inscribible distinto de "las sociedades mercantiles". Estas contradicciones derivan en última instancia de la amplitud con la que el Anteproyecto define el ámbito de aplicación del Código Mercantil y obligan a ponderar debidamente las consecuencias de la extensión de la materia mercantil a cualesquiera actividades de producción o cambio de bienes y prestación de servicios para el mercado, con independencia de que éstas pueden o no incluirse entre las actividades económicas organizadas que son propias de un empresario.²²⁰

III.4.C.- AGRUPACIONES DE INTERÉS ECONÓMICO

La Agrupación de Interés Económico constituye una figura asociativa creada con el fin de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros. Su contenido auxiliar impide sustituir la actividad de sus miembros, pudiendo realizar cualquier actividad vinculada a la de aquéllos que no se oponga a esa limitación, lo cual supone una dificultad para contratar con el sector público ya que su objeto, fines o ámbito de actividad, difícilmente pueden coincidir con el objeto del contrato. La Agrupación de Interés Económico viene a sustituir a las Agrupaciones de Empresas cuyo régimen no estaba en condiciones de encauzar la creciente necesidad de cooperación interempresarial que imponen las nuevas circunstancias del mercado.

²²⁰ Castán Tobeñas: "Alrededor de la distinción entre las sociedades civiles y las comerciales".

Falcón y Tella: "De nuevo sobre las comunidades de bienes y las sociedades civiles".

Forniés Baigorri: "Sociedad civil-Sociedad mercantil. La determinación del carácter civil de la sociedad y normativa aplicable". Homenaje a Manuel Broseta. Estudios de Derecho mercantil.

Girón Tena: "Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español".

González Ordoñez: "Los criterios del Derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y sociedades civiles y sus consecuencias prácticas".

Tena Piazuelo: "Distinción entre sociedades civiles y mercantiles, irregularidad societaria y el artículo 1670 del Código civil".

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Las agrupaciones de interés económico, “pese a carecer del ánimo de lucro que caracteriza a toda sociedad, constituyen una modalidad de entidad mercantil creadas como ejemplo de mecanismo de cooperación interempresarial y que cualquiera que sea la naturaleza de la actividad que desarrollen gozan para el cumplimiento de sus fines de personalidad jurídica propia pero presuponen el mantenimiento de la autonomía y personalidad jurídica de sus miembros integrantes²²¹ .

La Agrupación de Interés Económico (AIE), que es regulada por la Ley 12/1991, de 29 de abril de Agrupaciones de Interés Económico, desempeña en el mercado interior una función similar a la que en el ámbito comunitario lleva a cabo la Agrupación de Interés Económico Europeo (AIEE), regulada ésta por el Reglamento (CEE) 2137/1985, del Consejo, Reglamento europeo de carácter supletorio de la figura española respecto de la europea. La figura de la AIE es uno de los modos en los que diversas empresas concurren unidas a una licitación, teniendo la agrupación resultante personalidad jurídica independiente de la de los miembros que la componen. La responsabilidad de los socios es personal y solidaria, pero subsidiaria respecto a la de la AIE. Son personas jurídicas inscritas en el Registro mercantil.

La figura europea se halla inspirada en el precedente francés del mismo nombre y constituye un tipo autónomo, desvinculado, por la propia fragmentariedad del ordenamiento de la UE, de otros tipos societarios. La figura española, teniendo los mismos antecedentes, ha tratado de entroncarse, dada su afinidad tipológica, en el marco de nuestra tradición jurídica, a la sociedad colectiva. En este sentido se ha seguido una trayectoria similar a la del Derecho alemán, que a la hora de adaptar el reglamento comunitario a su ordenamiento interno ha establecido como régimen supletorio el de la sociedad mercantil abierta o sociedad colectiva.

Las AIE guardan ciertas similitudes con las ute, pues su finalidad es la de facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios y no tienen ánimo de lucro por sí mismas. Su objeto es limitado. En el caso de las AIE debe tratarse exclusivamente de una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios y los partícipes en la misma responden de las deudas de la sociedad. Sin embargo guardan diferencias sustanciales con las ute, pues tienen personalidad jurídica y carácter mercantil, lo que supone, a los efectos de contratar con el sector público, que su capacidad de obrar, solvencia, ausencia de prohibiciones para contratar y, en su caso clasificación, no se deriva de la que tengan sus socios, sino que han de ser las propias de la AIE. En particular, la AIE ha de disponer de clasificación propia para licitar los contratos que así lo exijan.

El anteproyecto de Código Mercantil regula las agrupaciones de interés económico como asociaciones que tienen como objeto exclusivo el ejercicio de una

²²¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 162/2007 de 8 febrero.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

actividad auxiliar de la que desarrollen los asociados, sin ánimo de lucro y que no podrán poseer directa o indirectamente participaciones en el capital de las sociedades que sean miembros suyos, ni dirigir o controlar directa o indirectamente las actividades de sus asociados o de terceros. Cualquiera que sea su objeto tendrá carácter mercantil. En la denominación de la agrupación deberá figurar la expresión “agrupación de interés económico” o su abreviatura A.I.E. Los miembros de las agrupaciones de interés económico deberán ser personas naturales o jurídicas que tengan la consideración de operadores de mercado conforme a este Código o entidades no lucrativas dedicadas a la investigación y responderán personal, ilimitada y solidariamente entre sí del cumplimiento de las deudas de la agrupación, si bien de forma subsidiaria respecto de ésta²²². Las agrupaciones se registrarán por lo dispuesto en este Código y supletoriamente por las normas de la sociedad colectiva. El Anteproyecto de Código Mercantil respeta las líneas básicas de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, con carácter general.

A juicio del Consejo de Estado, sería deseable que esta definición fuera completada, en este u otro precepto, con una referencia a otras dos características que, además de esta "actividad auxiliar" definen, caracterizan y justifican la función de estas agrupaciones. Así, por un lado, sería conveniente explicitar que su finalidad es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios (artículo 2 de la Ley 12/1991) y, por otro, en conexión con esta finalidad, acotar quiénes pueden ser sujetos de las agrupaciones de interés económico, al igual que se hace en el artículo 293-2 al regular los requisitos necesarios para ser miembro de una unión temporal de empresa. A estos efectos, puede tenerse en cuenta la redacción del vigente artículo 4 de la Ley 12/1991, que exige que los miembros de la agrupación sean personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, entidades no lucrativas dedicadas a la investigación y quienes ejerzan profesiones liberales

La agrupación de interés económico se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. La escritura de constitución contendrá, al menos, las menciones comunes a toda clase de sociedades mercantiles, la declaración de la voluntad de los otorgantes de fundar una agrupación de interés económico, los estatutos y los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los otorgantes consideren conveniente establecer. Los acuerdos de la agrupación de interés económico se adoptarán por la mayoría que establezcan los estatutos de la agrupación y, en defecto de previsión, por unanimidad. La agrupación será administrada por una o varias personas, sean o no miembros, designadas en la escritura de constitución o nombradas por acuerdo de los asociados. Los beneficios procedentes de las actividades de la agrupación serán considerados como beneficios de los asociados. Los beneficios y pérdidas de la

²²² Ricardo Bayona Giménez: “La separación del socio en la agrupación de interés económico: capital social y responsabilidad”. Revista de derecho de sociedades, N° 11, 1998, págs. 322-334.1.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

agrupación serán repartidos entre los asociados en la proporción prevista en la escritura o, en su defecto, por partes iguales.

Cualquier asociado podrá separarse de la agrupación en los casos previstos en los estatutos, cuando concurriese justa causa o si mediare el consentimiento de los demás asociados. Si la agrupación se hubiere constituido por tiempo indefinido el asociado tendrá derecho a separarse en cualquier momento con un preaviso de tres meses. La condición de asociado se perderá cuando deje de concurrir alguno de los requisitos exigidos para ser miembro de la agrupación. El asociado tendrá derecho a la liquidación de su participación de acuerdo con las reglas establecidas en los estatutos y, en su defecto, en el Código.

También se regulan las agrupaciones europeas de interés económico que cuando tengan su domicilio en España se regirán por la normativa de la Unión Europea, y, en aquellas materias en las que esa normativa remita o habilite a la legislación interna, por lo establecido en el Código para las agrupaciones de interés económico. En la denominación de la agrupación deberá figurar la expresión “agrupación europea de interés económico” o su abreviatura A.E.I.E. La agrupación europea de interés económico y los actos inscribibles relativos a la misma se inscribirán en el Registro Mercantil del lugar de su domicilio en virtud de escritura pública o de documento privado con firmas legitimadas notarialmente.

El Consejo de Estado considera que el Anteproyecto ganaría en precisión si se añadieran algunas precisiones adicionales, referidas a tres aspectos concretos: (i) la definición de agrupación de interés económico (artículo 292-1), (ii) los requisitos de constitución (artículo 292-8) y (iii) las agrupaciones europeas de interés económico (sección cuarta del capítulo II).

III.5.- NOVEDADES EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL EL DOBLE CRITERIO DE MERCANTILIDAD.

En el mes de junio de 2013, el Ministro de Justicia firma la Orden de 7 de noviembre de 2006 y hace pública la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. Aquella Propuesta era fruto de los trabajos de la Comisión General de Codificación. Desde aquella fecha hasta la aprobación del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil por el Consejo de Ministros, el 30 de mayo de 2014, el texto fue sometido a información pública y debate interministerial, y como consecuencia de ello experimentó múltiples modificaciones. El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 29 de enero de 2015 emite dictamen en que recoge bastantes observaciones para que el anteproyecto de ley sea revisado previamente a su elevación a la aprobación del Consejo de Ministros y ulterior remisión a las Cortes Generales.

La aprobación del nuevo Código Mercantil sustituirá al actual Código de Comercio de 1885 pero previamente será precios que mercantilistas y civilistas

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

resuelvan sus diferencias y presenten un texto definitivo y consensuado al Gobierno.

Teniendo en cuenta de que es un anteproyecto y que su aprobación es incierta, la referencia al mismo se hará con la única intención de reflejar los criterios mercantilistas en relación con el tema que nos ocupa (las entidades sin personalidad jurídica) con independencia de cuál sea finalmente la suerte que la política legislativa depare a esta trascendental iniciativa, pensando que este Anteproyecto puede tener un inestimable valor para el futuro del Derecho mercantil.

La regulación del anteproyecto de Código Mercantil fija un criterio doble de mercantilidad por el objeto y la forma. Así que todas las sociedades que tengan por objeto la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios para el mercado serán mercantiles con independencia de la forma adoptada. La delimitación de la materia se hace tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo (subjetivo por razón de la persona y objetivo por razón de la naturaleza de las operaciones). Partiendo de la doctrina del TC y de la doctrina científica moderna más autorizada, el Derecho mercantil vuelve a ser el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, como lo fue en su origen, al que retornan las más modernas formulaciones expositivas. Desde el punto de vista objetivo, las relaciones de estos operadores del mercado entre sí y con los consumidores constituyen la materia mercantil.

El nuevo Código Mercantil sustituirá al Código de Comercio que está vigente desde 1885 y presenta muchas novedades²²³. Según explican fuentes de Justicia, estos cambios se han debido a la aceptación de alegaciones recibidas desde los sectores afectados, despachos de abogados y otras instituciones. La gran diferencia entre el Código de Comercio y el Mercantil es que el primero estaba pensado para los comerciantes, mientras que el nuevo texto se centra en los operadores de mercado, distinguiendo entre las obligaciones de los empresarios y del resto de operadores (profesionales liberales, artesanos, investigadores, etc). El Libro Primero regula la empresa, la representación de los empresarios, los negocios sobre las empresas y el Registro Mercantil. Se incluye a los empresarios agrícolas y artesanos, pero también se considera operadores de mercado a las personas que ejercen actividades intelectuales: liberales, científicas y artísticas siempre que sus bienes o servicios se destinen al mercado. Incluye a las personas jurídicas que ejerzan actividades previstas en el Código, como asociaciones y fundaciones, y a entes sin personalidad jurídica.

²²³ Hay que tener presente que actualmente la tramitación legislativa está parada y puede haber cambios dada la falta de entendimiento entre mercantilistas y civilistas en temas importantes recogidos en el texto.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

El Anteproyecto de Ley del Código Mercantil gira en torno al concepto de mercado, entendido como el ámbito en el que actúan los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios y entablan relaciones jurídico-privadas objeto de regulación especial, siempre respetando las normas de protección de los consumidores, en especial del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Los protagonistas de ese tráfico se clasifican en productores de bienes y prestadores de servicios, que son los operadores del mercado sujetos al Código (empresas, empresarios, profesionales) y los consumidores cuya legislación protectora se aplicará, en lo pertinente, con prioridad a este Código.

El estatuto mercantil se configura como el conjunto de normas que establecen derechos y obligaciones para los empresarios en función de la titularidad jurídica de una empresa y de la actividad que realiza para el mercado. Engloba las normas sobre régimen jurídico-privado de la empresa, responsabilidad y representación de su titular, registro mercantil y contabilidad, así como, en su conjunto, el derecho de sociedades mercantiles.

En el proyecto de Código Mercantil destaca la regulación de materias que hasta ahora carecían de normativa aplicable pero que son ya totalmente habituales en las relaciones mercantiles, como las referidas a la empresa y operaciones o negocios sobre la misma y la representación. También se incluyen artículos sobre propiedad industrial y distintos tipos de contratos, como los de suministro, mediación, los de obra, prestación de servicios mercantiles, operaciones sobre bienes inmateriales, prestación de servicios electrónicos, contratos bancarios y de financiación. Su objeto es asegurar la unidad de mercados en las relaciones jurídicas privadas de los empresarios y restantes operadores económicos y pretende recopilar e integrar en un texto único toda la legislación mercantil existente. También se ocupa de las asociaciones y el régimen de uniones de empresa, agrupaciones de interés económico y uniones temporales de empresas adquiere relevancia normativa.²²⁴

En las disposiciones comunes debe entenderse integrado el régimen básico de la sociedad colectiva, singularmente valioso tanto por su significado histórico en el proceso de configuración de los tipos societarios mercantiles, como por su función supletoria, en tanto tipo subsidiario, para el tratamiento de los frecuentes supuestos de sociedad no inscrita o sociedad irregular²²⁵.

²²⁴ Paz-Ares Rodríguez: “Lecciones de derecho mercantil: Volumen I / coord. por Aurelio Menéndez Menéndez Árbol académico, Angel José Rojo Fernández Río Árbol académico, María Luisa Aparicio González Árbol académico, 2016, ISBN 9788490998199, págs. 621-638.

²²⁵ Reconocida expresamente en el Anteproyecto de Código Mercantil, en su función supletoria, como tipo subsidiario aplicable a los supuestos de sociedad no inscrita o sociedad irregular Algunos autores propugnan la regulación unitaria del contrato de sociedad en un Código de Sociedades, sin distinguir entre civil y mercantil. Se regularía una sociedad general cuya utilidad

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

En relación con las comunidades de bienes, el legislador es consciente de su importancia como instrumento para el ejercicio de una actividad mercantil y en su tarea de adaptar las leyes a la realidad, ha previsto una regulación específica, fijando su naturaleza jurídica, de forma que las diferencia de la institución de la comunidad regulada en el Código Civil y las equipare a las sociedades mercantiles.

La propuesta de Código de Sociedades aprobada el 15 de mayo de 2002²²⁶, en su título IV «De las sociedades mercantiles no inscritas» del Libro I, ya contenía un artículo dedicado a «Comunidad y sociedad». Este artículo, el número 40, dice que se aplicarán las normas relativas a las sociedades mercantiles no inscritas (sociedades irregulares) a la comunidad voluntaria que explote un establecimiento dedicado a la producción o al intercambio de bienes o servicios para el mercado, haciendo extensivo el régimen «a la comunidad incidental que tenga igual objeto, transcurrido un año desde que se hubiera constituido»²²⁷.

El Anteproyecto de ley de Código Mercantil, en una línea continuista con la propuesta de Código de Sociedades, reconoce explícitamente esta figura jurídica bajo la denominación de «comunidad de empresa». Se está reconociendo su naturaleza de sociedades mercantiles pero irregulares (no inscritas) y, en consecuencia, han de someterse al mismo régimen que éstas. Régimen basado en la aplicación preferente de lo pactado en el contrato de sociedad y supletoriamente por las normas de la sociedad colectiva, con responsabilidad agravada de los socios y administradores frente a terceros por las deudas sociales (responsabilidad personal, ilimitada y solidariamente sin necesidad de previa excusión del patrimonio social).

Con esta propuesta se reconocen y legitiman las comunidades que ejercen una actividad empresarial, lo que evitará problemas de calificación e interpretación

sería garantizar la aplicación de un régimen jurídico adecuado ante las distintas controversias suscitadas entre los socios y frente a terceros por sociedades irregulares, atípicas, ocultas o internas.

Pérez de Madrid Carreras: “La mercantilidad de la sociedad en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. A propósito de la Resolución de 20 de abril de 2010”.

Torrente García de la Mata: “Una extraña figura: las sociedades civiles con objeto mercantil”.

²²⁶ Propuesta elaborada por la Ponencia Especial de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

²²⁷ Lacruz Berdejo, en el estudio de la comunidad hereditaria, se planteó ya la necesidad de examinar las causas de la demora en su liquidación, para determinar cuál sería el verdadero régimen aplicable. Finalmente, concluye que en el caso de la «continuación de un negocio o empresa del causante por los herederos con o sin convención de indivisión, pero con ánimo de seguir unidos en la explotación», si se trata de empresas mercantiles, correspondería la «aplicación de reglas y principios propios de la sociedad en concepto de sociedad irregular o de hecho (Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida: Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones, Barcelona, 1981, p. 122).

sobre su naturaleza jurídica y régimen jurídico, pero además supone dar seguridad jurídica a su actuación en el tráfico económico, sobre todo, en protección de los terceros²²⁸.

LOS “OPERADORES DE MERCADO” EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

El Código del 85 estaba hecho sobre el concepto de comerciante y el Derecho Mercantil del siglo XX se había ido orientando a través de la legislación especial al concepto de empresario. Pero cada vez había más leyes mercantiles vigentes aplicables a sujetos que operan en el mercado, pero no en condición de empresario, como profesionales liberales, artistas, personas dentro de la esfera del mundo intelectual, etc.

Se buscaba un concepto en el que entraran los empresarios pero también personas físicas profesionales liberales u otro tipo de entidades jurídicas sin una condición clara de empresario (sociedades de profesionales, por ejemplo), que abundan tanto, y después de manejar muchos otros términos, en la Comisión de Codificación se llegó a la consideración de que el término *operador de mercado* en la literatura jurídica, incluso periodística, económica y sociológica actual era un término bastante adecuado. Es un concepto nuevo cuya inclusión en el Código generó mucho debate en la fase inicial. Habrá normas mercantiles que serán exclusivas de los empresarios pero habrá normas que están en la legislación mercantil que se aplicarán a todos aquellos que actúan o compiten en el mercado ofreciendo algún tipo de servicio con régimen de oferta y demanda.

Por lo tanto, frente al enfoque tradicional del Derecho Mercantil de atender a la figura del comerciante, el anteproyecto de Código Mercantil elige la figura del operador del mercado. El concepto de "operador del mercado" se refiere a los empresarios y a las personas físicas que ejerzan, profesionalmente y en nombre propio, una actividad intelectual de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado. Quedarían sujetos a las normas del Código los siguientes operadores del mercado:

a) Los empresarios, que serían: 1º. Las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales. 2º. Las personas jurídicas que

²²⁸ En ampliación de lo recogido en este punto, es de interés: AAVV. “Estudios sobre el futuro Mercantil”: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe. Universidad Carlos III de Madrid. 2015.

José María de la Cuesta Rute, “El Código Mercantil y el principio de unidad de mercado”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

tengan por objeto alguna de las actividades indicadas. 3º. Las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto.

b) Las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado.

c) Las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades.

También se consideran operadores del mercado las sociedades o entidades no constituidas conforme al Derecho español que ejerzan en España alguna de las actividades expresadas.

Dentro del concepto de empresario, la nota más característica resulta ser el ejercicio profesional de una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, lo que se corresponde plenamente, por otra parte, con la forma en que el anteproyecto de Código Mercantil define la empresa.

El concepto de "operador del mercado" trate de una actividad "organizada" (en el caso de los empresarios) y "profesional" (en el caso de las personas físicas) para producir bienes y prestar servicios de forma profesional o con carácter organizado. La contraposición entre "actividad económica" y "actuación intelectual" es un tanto difusa pues en el desenvolvimiento dentro de un mercado, no aclara, por sí solo, cómo podrán diferenciarse con seguridad las actividades económicas y las intelectuales, dado que ambas se dirigen a la producción de bienes y a la prestación de servicios para ese mercado.

El Anteproyecto califica de mercantiles los actos que el operador del mercado lleve a cabo, sin entrar en todos los casos a considerar si, a la vista de las características de tales actos, conviene efectivamente aplicarles tal calificación. Para aplicar el régimen a los actos y contratos que se califican de "mercantiles", lo hace depender de que el "contenido principal" de tales actos y contratos pertenezca a las citadas actividades económicas o intelectuales o de que deban ser calificados de mercantiles "por razón de su objeto o del mercado en que se celebren". Incluso incluye en el concepto de "operador del mercado" a ciertas realidades (por ejemplo los entes no dotados de personalidad jurídica) sobre la base de que desarrollen actividades de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado.

El Consejo de Estado entiende que el futuro Código Mercantil tiene que enfatizar este elemento, de modo que su ámbito de aplicación quede acotado a los casos en que se esté ante una actividad organizada y profesionalizada de producción

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

o intercambio de bienes o de prestación de servicios para un determinado mercado. El calificar de mercantiles un gran número de actos por el mero hecho de que en ellos esté presente y sea parte un operador del mercado es desaconsejable, ya que supone una injustificada extensión del ámbito de lo mercantil y distorsiona gravemente las relaciones que deben existir entre la legislación general civil y la legislación especial mercantil. De hecho, esa orientación del Anteproyecto supone trasladar al Derecho Mercantil infinidad de cuestiones y contratos que han venido siendo y son actualmente civiles, y respecto de los que no existen datos que justifiquen mudar su naturaleza y transformarlos en mercantiles. Un ejemplo especialmente gráfico es el de una simple y sencilla compraventa en un establecimiento mercantil, compraventa civil que, sin embargo y de seguirse el criterio de atribución de mercantilidad por el solo hecho de que sea parte un operador del mercado, pasaría a convertirse en compraventa mercantil, sin que existan, sin embargo, razones que avalen semejante transformación. Para evitar tal distorsión de los ámbitos civiles y mercantiles, el Consejo de Estado entiende que el futuro Código Mercantil tiene que evaluar los elementos subjetivos y objetivos que concurren en los actos y contratos en cuestión, a fin de determinar si responden al desarrollo de la aludida actividad organizada y profesional.

Es decir, el Consejo estima que el modo en que el Anteproyecto introduce y utiliza la figura del "operador de mercado" no puede erigirse en criterio delimitador del ámbito de lo mercantil. Esta figura no puede convertirse en una categoría general y abstracta, cuya sola presencia determine per se que se esté ante relaciones y actos de naturaleza jurídico-mercantil. En consecuencia, debe centrar su ámbito de aplicación en la regulación jurídico-privada de aquellos actos y contratos que, por las partes intervinientes, prestaciones asociadas, y restantes elementos concurrentes, expresen y materialicen una actividad organizada y dirigida a la producción e intercambio de bienes y de prestación de servicios.

Como es tradicional en nuestro Derecho de Sociedades, el Anteproyecto distingue entre sociedades de personas y sociedades de capital, incluyendo, dentro de las primeras, la sociedad colectiva y la sociedad comanditaria simple, y, dentro de las segundas, la sociedad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones. En éstas también se incorporan las normas relativas a la sociedad anónima europea domiciliada en España y de la emisión de obligaciones. Las disposiciones propias de los tipos de sociedades de capital se han ordenado dando preferencia sistemática a las de la sociedad limitada frente a las de la sociedad anónima, entendiendo, como bien lo prueban la práctica societaria y la estadística registral, que aquélla se ha convertido en el verdadero tipo básico entre las sociedades de capital. Las sociedades de personas constituyen una categoría generalmente admitida pero que, hasta ahora nunca había quedado positivizada como tal.

El régimen de la sociedad colectiva considerado singularmente valioso tanto por su significado histórico en el proceso de configuración de los tipos societarios

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

mercantiles, como por su función supletoria, en tanto tipo subsidiario, para el tratamiento de los frecuentes supuestos de sociedad no inscrita o sociedad irregular.

El Anteproyecto no ha incorporado la regulación de las sociedades cooperativas, las sociedades mutuas de seguros y las sociedades de garantía recíproca, pese a que éstas se encuentran mencionadas dentro de la relación de sociedades mercantiles contenida en el mismo. La regulación de las sociedades mercantiles, comúnmente conocidas como "sociedades mercantiles especiales", se remite a lo que dispongan las normas con rango de ley que les sean específicamente aplicables y, en su defecto, a las disposiciones del propio Código.

Con carácter general, el Anteproyecto caracteriza al Registro Mercantil como el instrumento de publicidad jurídica de los empresarios, "así como de las personas y entidades", expresión esta última oscura y de difícil interpretación, por lo que resulta imprescindible clarificarla o suprimirla. En el ámbito subjetivo del Registro Mercantil recoge la nueva figura de los emprendedores de responsabilidad limitada. En lo referente al ámbito objetivo de los actos inscribibles, incluye actos, contratos y resoluciones administrativas y judiciales que afecten a los empresarios.

Los actos inscribibles no inscritos y los actos inscritos no publicados no perjudicarán a terceros de buena fe, éstos, sin embargo, "podrán utilizarlos en cuanto les fueren favorables". Esta última precisión es innecesaria, recomendándose que el precepto se centre en su núcleo esencial, cual es el de precisar la inoponibilidad a terceros de buena fe de los actos inscribibles no inscritos y de los actos inscritos no publicados.

En la regulación del Registro Mercantil incorpora los medios tecnológicos, la plataforma electrónica central, permitirá el acceso público a las consultas, el soporte electrónico para la hoja individual en el sistema de llevanza, la constancia del documento inscribible o la expedición de certificaciones o notas informativas.

El Consejo de Estado considera que existe una usurpación por el Código Mercantil de la materia propia del Derecho civil, derivada de la consideración de la subsidiariedad del Derecho mercantil frente al civil pues «para el Código Civil la legislación mercantil se configura como legislación especial que permite la aplicación supletoria de éste» (pág.75). «La regulación general de obligaciones y contratos es propia de la legislación civil» (pág. 75), por lo que el Anteproyecto (ALCM) refleja «un Derecho mercantil que traspasa sus fronteras y se proyecta sobre ámbitos que le son ajenos» (pág. 211), lo que resulta en una «desmedida expansión del Derecho mercantil a costa del Derecho civil». Por ello, es precisa la «necesaria contención de las normas mercantiles a fin de que no invadan el ámbito propio del Derecho civil, de forma que el Código Civil continúe siendo el marco legal en el que se establezca la regulación general común de las obligaciones y de la contratación privada, mientras que el Código Mercantil debe limitarse a precisar las concretas reglas en que se considere que el tratamiento mercantil ha de ser diferente

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

del establecido con carácter general en el Derecho civil (sin perjuicio de las remisiones específicas que puedan estimarse procedentes)» (pág. 337).²²⁹

²²⁹ Dictamen 837/2014 del Consejo de Estado, de 29 de enero de 2015.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

**SEGUNDA PARTE - EL
CONTRATISTA EN LA
CONTRATACIÓN CON EL SECTOR
PÚBLICO**

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

INTRODUCCIÓN

Las entidades del sector público no son libres para elegir al contratista, sino que con la finalidad de salvaguardar, tanto los intereses de los posibles licitadores capacitados, como el interés público que la entidad del sector público representa, deben elegir al licitador que formule la mejor oferta o, en los términos de la LCSP, al licitador que formule la oferta más ventajosa.

A nivel europeo y como parte fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, las directivas de contratación pública, la actual 2014/24/UE al igual que la anterior 2004/18/CE, consideran que lo que le importa al poder adjudicador para contratar no es la forma de constitución de la empresa licitadora o candidata a la contratación con el sector público sino sus habilidades o cualificación para la realización del servicio que se le requiere. Define al contratista como la persona física o jurídica, entidad pública o agrupación de dichas personas u organismos que ofrece la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado.

En nuestra LCSP, para contratar con el sector público lo primero que se exige es que la persona tenga plena capacidad de obrar y es este concepto el que lleva a la doctrina y a los órganos consultivos de contratación administrativa a hacer una interpretación restrictiva de las empresas que pueden contratar con el sector público, excluyendo aquellas que carezcan de personalidad jurídica, por lo que no pueden contratar las comunidades de bienes ni las sociedades civiles que mantengan sus pactos en secreto y en que cada uno de los socios contrate en su propio nombre con terceros, ni aquellas otras entidades, mercantiles o no, fundaciones, sociedades cooperativas, etc, que adquieran su personalidad en el momento de su inscripción en el registro correspondiente, en tanto no se hallen inscritas.

Se ven afectadas un 4% de empresas existentes en nuestro País, pequeñas y medianas empresas que por adoptar la forma de “comunidad de bienes” no pueden ser ni contratistas ni subcontratistas aunque realicen trabajos especializados e innovadores, lo que genera un perjuicio social y económico desproporcionado al objetivo supuestamente perseguido.

La capacidad de las personas físicas se rige por su ley personal determinada por su nacionalidad. La LCSP permite a los extranjeros y a las compañías constituidas en el extranjero ejercer el comercio en España con sujeción a las leyes de su país en lo que se refiera a su capacidad para contratar. No obstante, el propio Cc, en el art. 10.8º, declara válidos los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de su incapacidad no estuviera reconocida en la legislación española. Las circunstancias relativas a la capacidad deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato. Todo ello sin perjuicio de la aplicación de las

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

obligaciones internacionales que España hubiera suscrito mediante acuerdo internacional

El art. 65 de la LCSP reconoce capacidad para contratar con el sector público, en todo caso, a las empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea o signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que, con arreglo a la legislación del Estado en que estén establecidas, se encuentren habilitadas para realizar la prestación de que se trate. El RGLCAP, en su art. 9.1, exige la acreditación de la capacidad de obrar mediante la inscripción en los Registros o con la presentación de las certificaciones que se indican en dicho Reglamento, en función de los diferentes contratos. El decir, las empresas probarán su capacidad con justificante acreditativo de su 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.

La capacidad de las empresas no comunitarias ni signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo se regula en el art. 68 LCSP, que reconoce capacidad para ser contratista a las empresas personas físicas o jurídicas que la acrediten mediante informe expedido por la Misión Diplomática Permanente u Oficina Consular de España del lugar del domicilio de la empresa, en la que se haga constar, previa acreditación por la empresa, que figuran inscritas en el Registro local profesional, comercial o análogo o, en su defecto, que actúan con habitualidad en el tráfico local en el ámbito de las actividades a las que se extiende el objeto del contrato, según recoge el art. 10.1 del Reglamento.

Constituirán una presunción de aptitud con respecto a los requisitos que en ellos figuren, los certificados de inscripción expedidos por los órganos competentes de la llevanza de las listas oficiales de empresarios autorizados para contratar, establecidas por los Estados miembros de la Unión Europea, referidos a empresarios establecidos en el Estado miembro que expide el certificado. Igual valor presuntivo surtirán, respecto de los extremos en ellos certificados, las certificaciones emitidas por organismos de certificación competentes que respondan a las normas europeas de certificación expedidas de conformidad con la legislación del Estado miembro en que esté establecido el empresario. Estos documentos deberán indicar las referencias que hayan permitido la inscripción del empresario en la lista o la expedición de la certificación, así como la clasificación obtenida

En el caso de sucesión de empresas por fusión, escisión, transmisión del patrimonio empresarial o de una rama de la actividad, durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato, a la empresa licitadora o candidata en su posición en el procedimiento la sociedad absorbente, le sucederá la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente del patrimonio empresarial o de la correspondiente rama de actividad, siempre que reúna las

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

condiciones de **capacidad** exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que en la sucesión no se exige autorización previa y el momento de apreciar la **capacidad** del nuevo contratista o entidad resultante o beneficiaria será aquel en que se produzca la propia escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de la misma.

En el caso de fusión, escisión o transmisión de rama de actividad respecto de alguna o algunas empresas integrantes de la unión temporal durante la ejecución del contrato, continuará la ejecución del contrato con la unión temporal adjudicataria. En el caso 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 integrantes de la unión temporal, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de capacidad exigida al acordarse la adjudicación.

En el caso de una unión temporal de empresas, si la sucesión se produce en alguna o algunas de las empresas integradas, durante la tramitación de un procedimiento de adjudicación, las operaciones de fusión, escisión y aportación o transmisión de rama de actividad de que sean objeto no impedirán la continuación de la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad en el procedimiento. En el caso de las empresas que sucedan no sean las originales de la unión temporal, será necesario que tengan plena **capacidad** de obrar y que se mantenga la capacidad.

Formalizado el contrato con una unión temporal de empresas, si hay aumento del número de empresas, disminución del mismo, o sustitución de una o varias por otra u otras, se necesitará la autorización previa y expresa del órgano de contratación y, en todo caso, que las empresas que la integren tengan plena **capacidad** de obrar.

Para poder ceder la posición jurídica de contratista (con sus derechos y obligaciones) es imprescindible que el contrato pueda ser ejecutado por persona distinta de la originariamente adjudicataria y la Administración debe cerciorarse de que el nuevo contratista goza de la **capacidad**, necesaria para el cumplimiento de las prestaciones que le incumben. El cesionario debe reunir los requisitos relativos a **capacidad** y no basta simplemente con que el cesionario afirme que reúne este requisito, sino que tendrá que acreditar su cumplimiento en los términos previstos en la regulación aplicable pues ello constituye otra cautela razonable para evitar la paradoja de que el cesionario, que no pudo licitar por no cumplir dicho requisito, posteriormente, a través de la cesión del contrato, consiga un efecto práctico similar

La autorización debe entenderse no como un nuevo otorgamiento discrecional, sino como un mero control de la regularidad de la transmisión, de lo cual se infiere un cierto carácter reglado en el otorgamiento de la autorización. La

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

autorización del órgano de contratación reviste carácter preceptivo, sin la cual la cesión carece de efectos jurídicos frente a la Administración y solo podrá ser negativa si, de forma motivada, se argumenta que el cesionario no acredita, entre otros requisitos, la **capacidad** adecuada para sustituir al contratista originario.

En los subcontratos, el contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este, al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la identidad del subcontratista y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutar la parte de la prestación que se pretende subcontratar por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. El subcontratista habrá de poseer capacidad y justificar suficientemente su aptitud con referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. Es conveniente que el Pliego fije la forma de acreditar la **aptitud** del subcontratista. La falta de acreditación de la aptitud del subcontratista podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe del subcontrato.

La LCSP se caracteriza por su continuismo en relación con las decisiones adoptadas en la Ley 30/2007 después plasmada en el TRLCSP. Conserva la estructura normativa de la contratación pública hasta ahora vigente aunque el continuismo que refleja no es un impedimento para constatar su complejidad, que exige al interprete jurídico un profundo conocimiento de las bases sobre las que dicha estructura se asiente a la hora de dilucidar el concreto régimen jurídico aplicable a cada contrato.

La LCSP tiene por objeto simplificar y abaratar la gestión de los procedimientos de contratación pública y permitir un mayor acceso de las PYME a los procedimientos de contratación pública (reducción de plazos y nueva regulación de división en lotes de los contratos) porque se las considera proactivas en materia de creación de empleo. Pretende conseguir objetivos de tipo social, medio ambiental, de innovación y de defensa de la competencia como criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución a elección del órgano de contratación. Se potencia el uso de la declaración responsable y se crea un nuevo procedimiento de contratación simplificado.

Entre otras novedades de la LCSP, se extiende el ámbito subjetivo de aplicación, incorpora un nuevo tipo de contrato, el contrato de concesión de servicios que viene a sustituir al contrato de gestión de servicio público, por lo que el contrato de concesión se desdobra en dos tipologías, obras y servicios y suprime el contrato de colaboración público privada, se modifica la duración máxima de determinados tipos de contratos, se regulan nuevas causas de nulidad, se amplía el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación, se establece una regulación más pormenorizada del perfil de contratante, se incluyen medidas de lucha contra la corrupción, modifica los umbrales de los contratos menores, introduce el procedimiento abierto simplificado, el procedimiento de asociación

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

para la innovación y el procedimiento de licitación con negociación y suprime el procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía, establece una nueva regulación de la división en lotes de los contratos, precisa los criterios de adjudicación, contempla la posibilidad de que el poder adjudicador compruebe el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista y previene un régimen de modificación del contrato más restrictivo que el que establecen las nuevas directivas. Generaliza la obligación de utilizar medios electrónicos, incluso para las ofertas y da una nueva planta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Pero, entre todas las novedades de la nueva ley, no figura ningún cambio en la regulación de la aptitud o capacidad exigida a los contratistas para poder participar en un contrato con el sector público, ningún acercamiento a las últimas Directivas de contratación para eliminar el término de capacidad de obrar y añadir, junto a las personas físicas y jurídicas, las entidades o agrupaciones de dichas personas u organismos con cualificación para la realización del servicio que se le requiere, operadores económicos que ofrezcan la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado.

CAPÍTULO PRIMERO.- LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO

Para ser contratista de una entidad del sector público se requiere estar en posesión de unos determinados requisitos, capacidad, ausencia de prohibiciones y solvencia económica y financiera y profesional o técnica que será sustituida por el de la clasificación cuando sea exigible conforme a lo dispuesto en la LCSP²³⁰.

El art. 65 LCSP reconoce capacidad para contratar con las Entidades del sector público únicamente a las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos exigidos en la ley, se encuentren debidamente clasificadas²³¹. Igualmente cabe la exigencia a los empresarios de la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea necesaria para la realización de la

²³⁰ Sobre el tema ver los siguientes artículos: “La aptitud del contratista: capacidad de obrar, objeto social y habilitación profesional o empresarial” de Agudo Gonzalez. Revista General del Derecho Administrativo. Núm. 30. 2013.

“Capacidad y solvencia del empresario en la nueva ley de contratos del sector público” de Almenar Belenguer. Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Núm. 19-2008.

²³¹ Artículo 65 LCSP. “Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exige esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

actividad o prestación que constituya el objeto del contrato como en el caso de profesionales a los que se exija una determinada titulación o colegiación o el documento de calificación empresarial que habilita para el ejercicio de una actividad industrial.

La personalidad jurídica y la capacidad de obrar no son instituciones equivalentes, ya que la personalidad jurídica de las personas físicas está íntimamente relacionada con la capacidad jurídica y la invalidez de la adjudicación y del contrato lo produce la falta de capacidad de obrar.

Sobre capacidad y solvencia del empresario se ocupa el Libro 1, Título II, Capítulo II, artículos del 65 al 97 de la LCSP, pero en su contenido no regula quiénes son las personas jurídicas ni cómo se atribuye la capacidad jurídica y de obrar. Para determinar qué empresas tienen personalidad jurídica y así poder contratar con el sector público tendremos que recurrir al Código Civil que nos dice que la personalidad y la capacidad vienen determinadas por los instrumentos de su creación (arts. 37 y 38, Cc).²³²

La exigencia de personalidad puede considerarse excepcionada, en los dos supuestos siguientes: A) Quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras públicas que podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión y B) Las uniones temporales 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. Excepcionalmente el órgano de contratación podrá exigir que la agrupación de empresarios adopte una forma jurídica determinada cuando esta última sea necesaria para lograr una satisfactoria ejecución del contrato.²³³

El término “*capacidad*” del art. 65 LCSP es la causa de exclusión de los entes carentes de personalidad para contratar con el sector público según interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) en su Informe 12/2003, de 23 de julio de 2003 “sobre capacidad para contratar con las Administraciones Públicas de las comunidades de bienes y posibilidad de contratar con una pluralidad de personas físicas”, con la única excepción de las uniones temporales de empresas (utes) que aunque carentes de personalidad jurídica la legislación de contratos públicos las incluye expresamente. Esta interpretación supone un obstáculo para aquellas empresas que se constituyen como comunidad de bienes porque no se les permite participar en un procedimiento de contratación pública salvo que se constituyan en utes. Aunque los Tribunales Superiores de

²³² El Código Civil dedica el Título II al «nacimiento y extinción de la personalidad civil.

²³³ Ley 24/2011 de Contratos del Sector Público en los Ámbitos de la Defensa y la Seguridad en su artículo 10.2.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Justicia se han pronunciado en numerosas ocasiones admitiendo la capacidad de las comunidades de bienes para vincularse contractualmente con la Administración siempre y cuando los comuneros, todos y cada uno, acrediten suficiente personalidad jurídica y correlativa capacidad de obrar y el objeto del contrato al que están licitando se halle comprendido dentro del objeto social o actividad desarrollada por la comunidad.

La capacidad de obrar de las personas jurídicas viene determinada por la necesaria correspondencia entre su objeto social, fines o ámbito de actividad y el objeto del contrato (art. 66.1 LCSP). *“Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios”*. Si bien las prestaciones objeto del contrato tienen que estar comprendidas en los fines, el objeto o el ámbito de actividad de la empresa, no es necesaria la coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato.²³⁴

El objeto social de las sociedades mercantiles está recogido en sus Estatutos pero no impide que éstas puedan realizar actuaciones contrarias o ajenas a ese objeto sin estar viciadas de nulidad absoluta y radical²³⁵ pues la especificación del objeto social se dirige, entre otros objetivos, a limitar las facultades de representación de los administradores de la sociedad y al ser éstos los que han actuado fuera de su marco de representación la sociedad queda obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, manteniendo la eficacia de estos actos ajenos al objeto social²³⁶. Tampoco la Administración contratante podrá

²³⁴ Algunos artículos sobre la figura del contratista son:

“El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas“ de Fuertes López. 1997. Madrid. Marcial Pons.

“Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público” de Gallego Córcoles. 2008. Contratación Administrativa Práctica. Núm. 72.

“El contratista. Práctica de los Procesos Jurisdiccionales. La contratación de las administraciones públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público“ de Ivars Bañuls. 2012. Editorial Civitas, SA.

“Contratación administrativa en época de crisis. La visión del contratista” de Tornos Mas. 2013. Anuario del Gobierno Local 2011. Fundación Democracia y Gobierno Local.

²³⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 1991 viene a recoger las conclusiones de diferentes posiciones doctrinales.

²³⁶ La Ley que regula las Sociedades Anónimas y la Ley que regula las Sociedades de Responsabilidad Limitada, en sus artículos 129 y 63, respectivamente, recogen que la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

alegar, una vez formalizado el contrato, que desconocía que las prestaciones exigidas al contratista no tienen relación con el objeto social de la sociedad adjudicataria ya que ésta tiene la obligación de presentar los estatutos así como sus modificaciones en la fase de selección.

Otro requisito necesario para poder contratar con el Sector Público es la habilitación empresarial o profesional para la realización de la actividad o prestación objeto del contrato y así evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad de forma legal. La habilitación *empresarial o profesional* es considerada un requisito de aptitud diferenciado de la capacidad y la solvencia, según Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación, porque otra interpretación puede llevar a exigir ciertos requisitos que supongan una restricción injustificada del acceso a la licitación. Por lo tanto, la habilitación empresarial o profesional hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional a la aptitud legal para el ejercicio de actividades profesionales o empresariales que exijan colegiación (Abogacía, Arquitectura, Ingenierías Medicina, etc.) o estén sujetas a autorización administrativa (financieras, seguros, etc.), mientras que la solvencia técnica o profesional, por regla general, busca acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión.

La Junta Consultiva de Contratación considera que no es necesario ser “empresario” para participar en un procedimiento de contratación, por lo que el sector público puede celebrar contratos con personas, físicas o jurídicas sin distinción, siempre que en las mismas concurren los requisitos establecidos, según Informe 3/1996, de 7 de marzo,. Es indiferente que la entidad licitadora tenga o no un fin lucrativo siempre y cuando tenga capacidad y en sus normas fundacionales aparezca entre sus fines alguna actividad, distinta de la exclusiva defensa de los intereses de sus asociados, que pueda ser contratada por las Administraciones Públicas y tenga correspondencia con el contrato licitado y así pueden ser adjudicatarias las Federaciones Deportivas, la Cruz Roja y otras asociaciones de interés general. En este apartado, el órgano consultivo no hace una interpretación literal del precepto pues en rigor los titulares de las empresas son empresarios y éstos persiguen un lucro en su actividad empresarial.

Los empresarios para justificar que no están incurso en prohibición legal que les impida concurrir a la contratación pública, lo harán mediante testimonio judicial o certificación administrativa. Si dicho documento no puede ser expedido por la autoridad competente, podrá ser sustituido por una declaración responsable

inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado.²³⁷

Los requisitos de aptitud deben cumplirse tanto en el momento en que se presenta la oferta como en el momento de la adjudicación y firma del contrato, no siendo subsanable su falta pero sí su acreditación documental. Por el contrario, si el contratista pierde durante la ejecución del contrato alguno de los requisitos de aptitud, no por ello se produce la nulidad del contrato sino, en su caso, su extinción, siempre que la causa haya sido contemplada expresamente como causa de resolución bien por la ley bien por la documentación contractual.

Como en la normativa anterior la falta de capacidad de obrar de la persona física o jurídica adjudicataria del contrato, se sanciona con la nulidad de pleno derecho del contrato, entrando este en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible, su valor, sin perjuicio de que si la declaración de nulidad produjese un grave trastorno al servicio público pueda acordarse su continuación bajo las mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio (arts. 39.2ab) y 42.3 LCSP).

La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista se configura como causa de resolución del contrato, salvo el supuesto contemplado en el art. 98 de la LCSP que se refiere a los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, en los que se continuará el contrato con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. También se admite cuando la causa de resolución sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual que se pueda continuar el contrato con sus herederos o sucesores. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad resultante o beneficiaria, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación.

Cuando la extinción de la personalidad jurídica de una empresa licitadora o candidata se produce durante la tramitación de un procedimiento y antes de la adjudicación por razones de fusión, escisión o por la transmisión de su patrimonio empresarial, le sucederá en su posición en el procedimiento las sociedades absorbentes, las resultantes de la fusión, las beneficiarias de la escisión o las

²³⁷ Artículo 85 LCSP. Sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 140, la prueba, por parte de los empresarios, de no estar incursos en prohibiciones para contratar podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos. Cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá ser sustituido por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

adquirentes del patrimonio o de la correspondiente rama de actividad, siempre que reúnan las condiciones de capacidad y ausencia de prohibiciones de contratar y acrediten su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación. (art. 144 LCSP).

En resumen, todo contratista debe reunir las siguientes condiciones para licitar o ser candidato a un contrato público: capacidad de obrar, habilitación empresarial o profesional, solvencia económica, financiera y técnica o profesional y, en su caso, clasificación, no concurrencia de condiciones especiales de incompatibilidad y no estar incurso en causa de prohibición de contratar. La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71 LCSP son causas de nulidad del contrato (Artículo 39.2a LCSP)²³⁸.

I.1.- ESPECIAL REFERENCIA A LA CAPACIDAD DE OBRAR EN LAS CB.

Un Ayuntamiento de la Comunidad Valenciana al proceder a la contratación de proyecciones cinematográficas u otros servicios de auditoria municipal, tales como espectáculos y obras teatrales, considera que uno de los pocos contratistas que puede presentar una oferta económicamente ventajosa es una CB, por lo que solicita informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana que lo emite²³⁹ concluyendo que las CB no gozan de personalidad Jurídica independiente de las personas que las conforman y, por tanto, como tales CB, no cumplen uno de los requisitos de aptitud para contratar con el sector público y es en el momento de examinar la documentación administrativa cuando procede comprobar lo dispuesto en el art. 65 de la LCSP y, en su caso, excluir a los licitadores o candidatos carentes de personalidad jurídica. De no ser así, han de ser tratados, a todos los efectos, como licitadores adecuados y por tanto legitimados para interponer los recursos procedentes. Los datos necesarios para reconocer la aptitud para contratar deben constar en la declaración responsable.

Entre las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa hay disparidad de criterios, desde los que defienden la imposibilidad de poder adjudicar y

²³⁸ Agudo Gonzalez: “La aptitud del contratista: capacidad de obrar, objeto social y habilitación profesional o empresarial”.

M. Ángeles García: “Ocho razones para que las empresas comunidades de bienes contraten con las Administraciones Públicas”.

²³⁹ Informe 6/2015, de 13 de Noviembre de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

formalizar contratos administrativos con comunidades de bienes debido a que no tienen personalidad jurídica a quienes afirman que si es admisible que puedan ser adjudicatarias de contratos administrativos.

El informe de la JCCA de Andalucía argumenta la “falta de capacidad de la CB para contratar con las AP como consecuencia de no poseer personalidad jurídica, que ha sido objeto de reiterados informes, tanto de la JCCA del Estado (informes 29/97, 56/97, 32/98, 4/99) como de algunas CCAA (15/99 y 6/02 de las Islas Baleares, 20/97 de la Comunidad de Madrid).

El informe 32/2003, de 17 de noviembre, de la JCCA del Estado dice que la legislación de contratos de las AP, no regula de una manera expresa, en cuanto a los requisitos que han de reunir los que pretenden contratar con la Administración, el de personalidad, sino que se centra en el de la capacidad de obrar, por entender que el segundo engloba necesariamente al primero y así la única declaración que encontramos es la que establece que podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, de donde se deduce que el dato de la personalidad es presupuesto básico para la contratación, no pudiendo acceder al misma quienes carezcan de este requisito (por ejemplo las CB) con la única excepción de que un precepto legal exceptuó expresamente de tal requisito como sucede con las uniones temporales de empresas aunque carecen de personalidad distinta de los empresarios que la integran.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de Marzo de 2002 deja patente que una sociedad civil irregular se rige por las disposiciones relativas a la CB a tenor de lo dispuesto en el art. 1669 del Cc, forma que no recibe la atribución de personalidad jurídica suficiente para poder concurrir a la adjudicación de contratos con las AP.

No obstante, existe un sector jurisprudencial que discrepa de dicho posicionamiento, admitiendo la posibilidad de que una Administración Pública pueda adjudicar y formalizar un contrato administrativo con una CB. Así, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de Octubre de 2002, sec 3ª, nº 1608/2002, rec 3579/1998, afirma que la carencia de personalidad jurídica de una CB carece de relevancia para determinar la invalidez jurídica planteada, por cuanto la Sala entiende que la personalidad jurídica y capacidad de obrar de quienes conforman dicha CB, que asimismo son responsables de dicha actividad, permitiría entender que sí podría contratarse con una CB. De igual forma la STSJ del País Vasco de 24 de Mayo de 2002 dice que una CB no formalizada sí que ostenta capacidad de obrar. La STSJ del País Vasco de 3 de Mayo de 2002, sec. 3ª, nº 428/2002, rec. 73/1997, afirma que cuando el licitador no es persona jurídica (caso de CB) la

documentación acreditativa de la aptitud para contratar ha de ser referida a todas y cada una de las personas físicas²⁴⁰.

I.2.- CONCEPTO DE PERSONA Y SUJETO JURÍDICO

El término «persona» no ha sido usado a lo largo de la historia con el mismo significado pues históricamente se refería al sujeto dotado de capacidad jurídica plena que era exclusivamente el pater familias y el resto de individuos tenían su capacidad jurídica restringida y por tanto su capacidad de obrar porque estaban sometidos al pater familias. Pero esto no significa que el filius fuera incapaz ya que podía ser sujeto de derechos subjetivos y de deberes jurídicos.

Otros seres humanos como los esclavos no eran personas pero sí sujetos jurídicos que no tenían derechos pero debían cumplir las normas jurídicas. El servus tenía la consideración jurídica de “cosa”, por tanto de “no-persona” pero su condición humana le hacía sujeto de deberes jurídicos. Era un hombre vinculado al dominus y sometido a él y, en cuanto que tenía voluntad propia, tenía el deber jurídico de obediencia, circunstancia ésta que no podía predicarse de las cosas. Era sujeto jurídico porque era sujeto de deberes jurídicos²⁴¹.

Se es persona porque hay un reconocimiento discrecional por el Ordenamiento Jurídico que otorga esta condición a algunos individuos, excluyendo a otros. En el Derecho actual todo ser humano es jurídicamente “persona” pero ésta no es una cualidad natural sino jurídica.

El Derecho no sólo convierte en sujetos jurídicos a los seres humanos, sino que también realiza esa operación personificadora con entidades compuestas por individuos que deciden constituir una compañía mercantil para llevar adelante sus negocios e incluso con entes compuestos por bienes. Los Estados han incorporado a sus legislaciones a la persona jurídica y han hecho de ella un instrumento necesario para regular el fenómeno asociativo en cualquiera de sus manifestaciones, tanto de Derecho público como de Derecho privado. El Estado mismo es una persona jurídica que puede intervenir como tal tanto ad intra como ad extra. En el Derecho privado el fenómeno asociativo se ha extendido en todos los órdenes de la vida, desde las sociedades mercantiles hasta todo género de asociaciones no lucrativas.

Sujeto de derecho es aquél que integra una relación jurídica (es decir, que está obligado a cumplir un deber) y persona jurídica es el término que indica la individualidad jurídica en calidad de sujeto, la posibilidad de trabar relaciones

²⁴⁰ María Ángeles García “¿Por qué las comunidades de bienes no pueden contratar con el sector público?”. Revista Diario la Ley. Nº 8325. pp 1-9.

²⁴¹ Gregorio Robles; “Sujeto jurídico y persona en la teoría comunicacional del derecho”. Tratados y Manuales (Civitas). Editorial Aranzadi, SA. Enero de 2013.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

jurídicas. Las personas jurídicas son sujetos de Derecho ya que tienen capacidad jurídica, aunque se diferencien sustancialmente de la capacidad propia de las personas físicas por su propia naturaleza, así, por ejemplo, no son titulares de relaciones matrimoniales o paterno-filiales, aunque las compañías mercantiles se fusionan y crean filiales.

Junto a las organizaciones de individuos o de bienes que son personas jurídicas, hay otro tipo de sujetos jurídicos que son organizaciones humanas o de bienes pero no son personas, como es el caso de las comunidades de bienes que a efectos tributarios son contribuyentes, sin que se les pueda atribuir la cualidad de persona, ni física ni jurídica²⁴². La Ley General Tributaria otorga la cualidad o situación jurídica de sujeto de Derecho a entes carentes de personalidad jurídica que son sujetos pasivos del tributo por ser titulares de una capacidad económica autónoma, diferenciada de la de cada uno de sus componentes y, en consecuencia, sujetos jurídicos. Estas disposiciones legales nos hacen ver que el Derecho positivo español diferencia los conceptos de “sujeto jurídico” y de “persona”, atribuyendo la consideración de sujetos pasivos del tributo a entes colectivos no dotados de personalidad jurídica, sin que ello traiga consigo la ruptura de los conceptos unitarios de personalidad y capacidad jurídica.²⁴³

Cuando el Derecho tributario considera a la comunidad de bienes como una situación jurídica distinta de las situaciones particulares de cada uno de los comuneros, no hace sino reconocer como sujeto de Derecho a un instituto al que también el Derecho privado, si bien no eleva a la categoría de persona jurídica, concede efectos jurídicos. La comunidad de bienes, en Derecho español, carece de

²⁴² El artículo 35 de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003 de 17 de diciembre) establece quiénes son los «obligados tributarios». En su primer apartado dice: «Son obligados tributarios las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias». Los apartados 2 y 3 del mencionado artículo enumera, sin carácter exhaustivo al decir quiénes son, «entre otros», los obligados tributarios. Y el apartado 4 añade: «Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición». Esas entidades, carentes de personalidad jurídica, «tienen la consideración de obligados tributarios», son considerados por el Derecho «obligados tributarios», esto es, contribuyentes, o sea, sujetos jurídicos.

²⁴³. Ver los siguientes artículos: Amorós Guardiola: “La persona Jurídica”.

Capilla Roncero: “La persona jurídica: funciones y disfunciones”

Castro y Bravo: “La persona jurídica”.

Molina Navarrete: “Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades.

Solis Villa: “La teoría de la persona jurídica en la obra de Don Federico de Castro”. Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro y Bravo.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

personalidad jurídica, pero no del carácter de sujeto del derecho. También la sociedad irregular por falta del requisito de la escritura pública o de la inscripción en el Registro aunque desprovista de personalidad jurídica posee subjetividad jurídica.²⁴⁴ No obstante ambos ejemplos no son comparables puesto que el primero cumple todos los requisitos legales mientras el segundo pretende ser una sociedad mercantil pero le falta el cumplimiento de determinadas obligaciones para actuar válidamente como tal.

Ser sujeto jurídico es ser sujeto de deberes jurídicos y/o de derechos subjetivos, lo que deriva en ser sujetos potenciales de actos. Los sujetos jurídicos individuos pueden ser personas con plena capacidad jurídica o no personas a los que el ordenamiento jurídico no les reconoce la capacidad jurídica plena, esto es, no pueden ser titulares de derechos y deberes, sino que tienen sólo deberes jurídicos o, en el caso que tengan ciertos derechos no tiene la titularidad, sino sólo el uso o la administración.

Se concede la situación de sujeto jurídico normalmente a través de una ley, pero también por otras vías como la jurisprudencia y así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera sujeto de Derecho a una asociación ocasional de personas jurídicas reagrupadas para responder juntas al llamamiento de determinadas ofertas de la Comunidad Europea, todo ello a los efectos de que puedan comparecer en juicio ante el propio Tribunal, incluso aun cuando dicha asociación ocasional no tenga capacidad procesal según el Derecho del Estado miembro.²⁴⁵

No todos los sujetos jurídicos son personas, aunque todas las personas sí son sujetos jurídicos por lo que el concepto de sujeto jurídico es más amplio que el de persona. Por ejemplo, al feto humano se le atribuyen determinados derechos, como derechos patrimoniales, a la herencia, etc., aunque está sometido a la condición retroactiva de que nazca vivo, por lo que es sujeto jurídico aunque el ordenamiento jurídico no le reconozca la personalidad.

Lo que define a los sujetos jurídicos es que son imputables, esto es, que se les puede atribuir o asignar acciones, deberes, responsabilidades, derechos, etc. Sin imputabilidad no hay sujetos de Derecho pero los conceptos de imputación e imputabilidad no son suficientes para determinar de entre dichos sujetos cuales son personas. Nuestro Código Civil determina los entes colectivos que considera

²⁴⁴ Fernando Sainz de Bujanda, en sus Lecciones de Derecho Financiero, novena edición, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1991, (págs. 222-223).

Matías Cortés Domínguez en su obra Ordenamiento Tributario Español, con Prólogo de Fernando Sainz de Bujanda, Editorial Tecnos, Madrid, 1968, págs. 378 y ss.

²⁴⁵ Sentencia del TJUE de 28 de octubre de 1982, asunto 135/81, Groupement des Agences de voyages.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

personas jurídicas, al menos a efectos civiles, personifica tanto a los individuos como a las organizaciones.²⁴⁶ Considera que determinados fines de diversa naturaleza: política, comercial, cultural, benéfica, etc. son dignos de protección a través del Derecho y procede a su personificación dotando a ese ente de personalidad jurídica.

Según la teoría de la ficción jurídica (que se remonta al Derecho romano, pero fue reelaborada por la ciencia jurídica del siglo XIX y, especialmente, por Savigny), el hombre es el único sujeto de derecho, por lo que la persona jurídica no tiene existencia real, sino que se trata de una ficción creada y utilizada por el Derecho para resolver la necesidad práctica de que las colectividades actúen en el tráfico jurídico.

La teoría del interés, formulada por R. von Ihering, considera que la persona jurídica es una construcción jurídica con fines prácticos, ya que un colectivo puede también tener intereses que el Derecho debe reconocer y proteger.

I.3.- PERSONAS FÍSICAS Y PERSONA JURÍDICA

Para poder participar en un procedimiento de contratación y ser contratista necesariamente tanto las personas físicas como las jurídicas deben poseer “capacidad de obrar”, salvo que la propia normativa diga lo contrario, porque así lo establece nuestra legislación vigente, la Ley 9/2017, de 8 noviembre de 2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE (LCEur 2014\535) y 2014/24/UE, de 26-2-2014 (LCEur 2014\536), BOE 9 noviembre 2017, núm. 272.²⁴⁷

²⁴⁶ El artículo 35.dice que son personas jurídicas: 1º. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a Derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. 2º. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados».

²⁴⁷ Artículo 65. Condiciones de aptitud

1. Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.

Cuando, por así determinarlo la normativa aplicable, se le requirieran al contratista determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación, estos deberán ser acreditados por el licitador al concurrir en el mismo.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Tradicionalmente la doctrina viene utilizando los términos persona física o natural y persona jurídica para designar, respectivamente, a la persona individual y a la colectiva, pero estrictamente hablando todas las personas son “personas jurídicas”. La persona física o natural es el sujeto individual que es titular de derechos y obligaciones, porque así lo establece el ordenamiento jurídico, mientras que la persona jurídica es la agrupación de personas o bienes, que son también, como las personas físicas, titulares de derechos y obligaciones, porque así lo establece el ordenamiento jurídico. Son personas el ser humano y ciertas organizaciones de muy diverso género: asociaciones deportivas, compañías mercantiles, universidades, empresas públicas, administraciones públicas, fundaciones, etc, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica²⁴⁸.

En relación con las personas físicas, según el Código Civil, las únicas personas sin aptitud contractual jurídico-privada son las que tienen limitada su capacidad de obrar, las que hayan sido judicialmente incapacitadas en los términos que la sentencia haya establecido²⁴⁹ o quienes, sin tal incapacitación, carecieren de capacidad de obrar patrimonial, que conforme al Código Civil son los menores no emancipados (art. 1263,1º), quienes hayan sido declarados incapaces por sentencia judicial (art. 199) o los pródigos a los que se le haya suprimido totalmente la capacidad de obrar (arts. 286, 3º).

Para el derecho mercantil, tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad que tengan la libre disposición de sus bienes²⁵⁰, es decir, las personas mayores de edad no incapacitadas judicialmente, pues el emancipado o el habilitado de mayor de edad tiene restringida su capacidad al no poder tomar dinero a préstamo ni gravar ni vender bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin autorización o asistencia paterna o del curador (no tiene plena disposición de bienes). Como excepción, a los menores o incapacitados se les permite continuar

2. Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato.

3. En los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de esta Ley, el contratista deberá acreditar su solvencia y no podrá estar incurso en la prohibición de contratar a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 71.

²⁴⁸ Federico De Castro y Bravo: Derecho Civil de España. Tomo II. Derecho de la Persona. Parte primera: La persona y su estado civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

²⁴⁹ Art. 1263 del Código Civil (Cc)

²⁵⁰ Art. 4 código de comercio (Cco)

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

por medio de sus guardadores el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes,²⁵¹ respondiendo al principio de conservación del negocio.

Mientras las personas físicas nacen con capacidad jurídica y tienen que ser mayores de edad (en general) para alcanzar la capacidad de obrar, las personas jurídicas al constituirse legalmente gozan de capacidad jurídica y de obrar, aunque sus leyes reguladoras pueden limitar esta genérica capacidad. Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución. La capacidad de los contratantes en los contratos mercantiles se regirán, en lo no expresamente establecido en el Código de comercio o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común.²⁵²

Al final es el ordenamiento jurídico caso a caso quien señala las condiciones que ha de reunir un ente para ser persona jurídica y el procedimiento para determinar efectivamente su personalidad. Los ordenamientos jurídicos suelen establecer tipos de personas jurídicas y para cada uno de ellos exige el cumplimiento de ciertos requisitos específicos que van desde la simple unión de varias personas para llevar a cabo una actividad determinada, hasta aquellos que exigen condiciones más rigurosas como la posesión de un determinado capital o patrimonio social. Otras veces es la propia ley la que crea directamente el ente al que puede dotar o no de personalidad jurídica. Pero surja de una forma u otra, es el ordenamiento jurídico quien le otorga o concede la personalidad jurídica, exista o no una realidad previa que lo exija.

Son personas jurídicas según el art. 35 del Código Civil (Cc) las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley y su personalidad empieza desde el instante mismo en que jurídicamente hubiesen quedado válidamente constituidas. También lo son las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

La personalidad jurídica es un concepto distinto y más amplio que el de persona jurídica. La personalidad jurídica es un mero concepto que no produce por sí mismo efecto material alguno: Es tan sólo una idea, y como idea que es, no es susceptible de tener relaciones causales. Una idea, por sí, sin la intervención de la fuerza material de seres humanos no puede producir ningún cambio en la estructura, naturaleza o posición de los objetos materiales. Por ello, ningún hecho o acto humano puede relacionarse causalmente con una idea: La causalidad existe con el individuo y la relación que entre el individuo y la idea puede existir es de motivación, pero no de causalidad. La personalidad jurídica es tan sólo un concepto

²⁵¹ Art. 5 Cco.

²⁵² art. 50 Cco.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

que surge del orden jurídico y que en nada altera la naturaleza de los seres humanos a que se refiere.

Los términos “persona jurídica” y “personalidad jurídica,” aunque guardan la estrechísima relación proveniente de designar un mismo ente, están separados por la diferente raíz ideológica de que provienen. Cuando hablamos de personalidad jurídica, hablamos de un ente cuya existencia extrajurídica afirmamos (el hombre, que es material, tiene personalidad jurídica, de la asociación no reconocida, que es social, decimos que carece de personalidad jurídica, de la corporación municipal, que es político-social, decimos que tiene personalidad jurídica). Cada vez que hablamos de personalidad jurídica lo hacemos indicando que un ente de sustancia no jurídica tiene además trascendencia jurídica, tiene una individualidad jurídica, una proyección, una “máscara” en el plano del orden jurídico que le permite actuar trabando relaciones jurídicas. La personalidad jurídica es, pues, parte de una noción más integral de cualquier ente, y sólo constituye un rasgo distintivo del mismo, no la sustancia principal. Cuando hablamos en cambio de “persona jurídica” nos desentendemos de todo lo que existe fuera del derecho, y consideramos sólo lo que éste nos ofrece: No sabemos si hay algo fuera de lo jurídico pero las personas jurídicas son entes puramente jurídicos, abstractos, y de naturaleza homóloga sea cual fuere la sustancia extrajurídica que puedan o no tener. Persona jurídica es el concepto jurídicamente puro, que carece de todo elemento que no sea de raíz normativa; personalidad jurídica es en cambio una noción que presupone una concepción más integral del ente respectivo y que aparece como parte del mismo. Los entes de personalidad jurídica son diversos (un hombre; una asociación; una fundación; una corporación; un Estado) mientras que las personas jurídicas (es la individualidad jurídica de cada uno de aquellos entes) son todas iguales. Tanto el concepto de persona jurídica como el de personalidad jurídica designan un mismo objeto: la individualidad jurídica en calidad de sujeto; lo que varía es el enfoque, y los accesorios. Persona natural es el ser humano individual, persona jurídica es la individualidad en calidad de la personalidad jurídica sujeto que da el derecho a todos los seres humanos y que además suele dar a grupos de individuos considerados como unidad. Cuando una o varias personas naturales tienen esa característica que concede el derecho, diremos que esas personas naturales tienen personalidad jurídica.

La personalidad es una creación del Derecho y se manifiesta en la capacidad para ser titular del conjunto de derechos y deberes atribuidos a un mismo ente y determina la capacidad para relacionarse jurídicamente, es decir, dentro de la personalidad jurídica podemos diferenciar dos tipos de capacidades, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. La capacidad jurídica consiste en una atribución genérica que el ordenamiento jurídico hace a las personas físicas o naturales y jurídicas de la condición de sujeto de derecho, ya que atribuye la titularidad de derechos y obligaciones. Sin embargo, la capacidad de obrar supone la atribución por el ordenamiento a las personas físicas o naturales y jurídicas de la capacidad de actuar jurídicamente, son las acciones jurídicas que los sujetos pueden realizar. En

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

consecuencia, la capacidad jurídica se refiere a la titularidad, mientras que la capacidad de obrar se refiere al “ejercicio” de derechos y deberes, por lo que puede producirse la situación de que una persona sea titular de un derecho, pero sea incapaz para ejercitarlo, tanto en el caso de las personas físicas como en el caso de las personas jurídicas.

En el caso de las personas físicas hay que distinguir entre la falta de capacidad (que tiene su fundamento en la inmadurez psíquica del sujeto, por lo que los ordenamientos establecen una determinada edad a partir de la cual el sujeto adquiere la plena autonomía para actuar jurídicamente) y las causas de incapacidad (que tienen su fundamento en circunstancias subjetivas que afectan a la razón o voluntad del sujeto). Para suplir la imposibilidad del sujeto de actuar jurídicamente por sí mismo, el derecho ha previsto la institución de la representación. En el caso de las personas jurídicas, la imposibilidad para obrar deriva de su propia naturaleza como colectividades de personas o de bienes, que impide que se manifieste ninguna voluntad a no ser por medio de una persona física.

Para designar la capacidad de obrar de la Administración pública y de sus órganos se utiliza el término competencia. También se utiliza este término para designar la capacidad de obrar de los órganos de las personas jurídicas. En el ámbito del Derecho penal la capacidad se designa con el término imputabilidad o responsabilidad penal y en este sentido sólo se considera imputable o penalmente responsable al sujeto capaz y sólo a éste se le pueden aplicar las penas previstas para la comisión de delitos.

I.4.- LOS CONTRATISTAS NO ESPAÑOLES

¿Se exige la misma capacidad a las empresas nacionales que a las extranjeras?

Nuestra normativa permite a los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero ejercer el comercio en España con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones del Código de Comercio, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación. Sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios Internacionales²⁵³.

La capacidad de las personas físicas se rige por su ley personal determinada por su nacionalidad²⁵⁴. No obstante, el propio Cc, en el art. 10,8º, declara válidos los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley

²⁵³ Art. 15 Cco.

²⁵⁴ art. 9,1º Cc

nacional, si la causa de su incapacidad no estuviera reconocida en la legislación española.

Los requisitos para contratar con el sector público son diferentes si se trata de empresas extranjeras pertenecientes a la Unión Europea (UE), incluyendo las de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o participan empresas del resto de los países:

El art. 65 de la LCSP reconoce capacidad para contratar con el sector público, en todo caso, a las empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea, es decir, a las empresas comunitarias, que, con arreglo a la legislación del Estado en que estén establecidas, se encuentren habilitadas para realizar la prestación de que se trate. Cuando la legislación del Estado en que se encuentren establecidas estas empresas exija una autorización especial o la pertenencia a una determinada organización para poder prestar en él el servicio de que se trate, deberán acreditar que cumplen este requisito. El RGLCAP en su art. 9.1 exige la acreditación de la capacidad de obrar de las empresas no españolas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, mediante la inscripción en los Registros o presentación de las certificaciones que se indican en el anexo I de dicho Reglamento, en función de los diferentes contratos²⁵⁵.

²⁵⁵ Art 67 LCSP. [art. 58 TRLCSP]

Artículo 67. Empresas comunitarias o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. 1. Tendrán capacidad para contratar con el sector público, en todo caso, las empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea o de los Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que, con arreglo a la legislación del Estado en que estén establecidas, se encuentren habilitadas para realizar la prestación de que se trate. 2. Cuando la legislación del Estado en que se encuentren establecidas estas empresas exija una autorización especial o la pertenencia a una determinada organización para poder prestar en él el servicio de que se trate, deberán acreditar que cumplen este requisito.

Artículo 68. Empresas no comunitarias. 1. Sin perjuicio de la aplicación de las obligaciones de España derivadas de acuerdos internacionales, las personas físicas o jurídicas de Estados no pertenecientes a la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo deberán justificar mediante informe que el Estado de procedencia de la empresa extranjera admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación con los entes del sector público asimilables a los enumerados en el artículo 3, en forma sustancialmente análoga. Dicho informe será elaborado por la correspondiente Oficina Económica y Comercial de España en el exterior y se acompañará a la documentación que se presente. En los contratos sujetos a regulación armonizada se prescindirá del informe sobre reciprocidad en relación con las empresas de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio. 2. Adicionalmente, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá exigir a las empresas no comunitarias que resulten adjudicatarias de contratos de obras que abran una sucursal en España, con designación de apoderados o representantes para sus operaciones, y que estén inscritas en el Registro Mercantil..

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La capacidad de las empresas no pertenecientes a la UE se regula en el art. 68 LCSP. que reconoce capacidad para ser contratista de las entidades del sector público a las personas físicas o jurídicas de Estados no pertenecientes a la Unión Europea, siempre que justifiquen mediante informe de la respectiva Misión Diplomática Permanente española, que se acompañará a la documentación que se presente, que el Estado de procedencia de la empresa extranjera admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación con la Administración y con los entes, organismos o entidades del sector público asimilables a los enumerados en el artículo 3 del TRLCSP, en forma sustancialmente análoga.

El art. 10.1 del RGLCAP exige que la capacidad de obrar de las empresas extranjeras no pertenecientes a la UE o no signatarias del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo se acredite mediante informe expedido por la Misión Diplomática Permanente u Oficina Consular de España del lugar del domicilio de la empresa, en la que se haga constar, previa acreditación por la empresa, que figuran inscritas en el Registro local profesional, comercial o análogo o, en su defecto, que actúan con habitualidad en el tráfico local en el ámbito de las actividades a las que se extiende el objeto del contrato. En los contratos sujetos a regulación armonizada se prescindirá del informe sobre reciprocidad en relación con las empresas de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio. Para celebrar contratos de obras será necesario, además, que estas empresas tengan abierta sucursal en España, con designación de apoderados o representantes para sus operaciones, y estén inscritas en el Registro Mercantil.

Todo ello sin perjuicio de la aplicación de las obligaciones internacionales que España hubiera suscrito mediante acuerdo internacional²⁵⁶.

Los contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero, sin perjuicio de tener en cuenta los principios de esta Ley²⁵⁷ para resolver las dudas y lagunas que, en su aplicación, puedan presentarse, se registrarán por las siguientes normas:

En la Administración General del Estado, la formalización de estos contratos corresponderá al Jefe de Misión o Representación Permanente, orgánica y funcionalmente dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, que podrá delegarla en favor de otros órganos, funcionarios o personas particulares. Sin embargo, en el ámbito del Ministerio de Defensa, la formalización de los mismos corresponderá al titular de este Departamento, que podrá delegar esta competencia y, cuando se trate de contratos necesarios para el cumplimiento de misiones de paz en las que participen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españoles, su formalización corresponderá al Ministro del Interior.

²⁵⁶ Artículo 68. LCSP [art. 55 TRLCSP].

²⁵⁷ Disposición adicional primera. Contratación en el extranjero. LCSP..

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

En los Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social la formalización de estos contratos corresponde a sus representantes legales o a las personas en quienes los mismos deleguen.

En los demás organismos y entidades sujetos a esta Ley, la formalización de los contratos corresponderá a sus representantes legales.

Sin perjuicio de los requisitos de capacidad que puedan exigir las Leyes del Estado en que se celebre el contrato, para empresas de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo se estará a lo dispuesto en esta Ley.

La formalización se llevará a cabo mediante documento fehaciente, remitiendo los datos de estos contratos al Ministerio de Hacienda y Función Pública a los efectos previstos en el artículo 346 relativo al Registro de Contratos del Sector Público, sin perjuicio de la obligación de remisión al Tribunal de Cuentas prevista en el artículo 335. En cuanto a los contratos menores se estará a lo dispuesto con carácter general para los mismos en esta Ley.

En estos contratos se procurará incluir estipulaciones tendentes a preservar los intereses de la Administración ante posibles incumplimientos del contratista y a autorizar las modificaciones del contrato que puedan hacerse convenientes.

En los contratos con empresas españolas se incluirán cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles. En los contratos con empresas extranjeras se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir. Cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales.

Las reglas contenidas en este artículo no obstan para que, en los contratos sujetos a regulación armonizada que se formalicen y ejecuten en los restantes Estados miembros de la Unión Europea o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, deban cumplirse las normas de esta Ley referentes a la publicidad comunitaria; los procedimientos de adjudicación de los contratos; régimen de modificaciones contractuales; subcontratación; control del cumplimiento de las obligaciones sociales, medioambientales y laborales aplicables; la resolución como consecuencia de una modificación esencial durante la ejecución del contrato y a la declaración de nulidad del contrato como consecuencia de hallarse incurso el adjudicatario en causa de prohibición para contratar cuando celebró el contrato o como consecuencia de un incumplimiento grave del derecho de la Unión Europea.

Los contratos formalizados en el extranjero que deban ejecutarse total o parcialmente en España y que estén vinculados directamente a la realización de

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

programas o proyectos de cooperación en materia cultural o de investigación o de cooperación al desarrollo, podrán adjudicarse por procedimiento negociado sin publicidad y con sujeción a las condiciones libremente pactadas por la Administración con el contratista extranjero, cuando la intervención de este sea absolutamente indispensable para la ejecución del proyecto o programa, por requerirlo así las condiciones de participación en los programas o proyectos de cooperación, y así se acredite en el expediente.

Los documentos contractuales y toda la documentación necesaria para la preparación, adjudicación y ejecución de los contratos deberá estar redactada en castellano o lengua cooficial correspondiente, a las que, en su caso, deberán traducirse desde el idioma local que corresponda. No obstante, por el órgano de contratación y bajo su responsabilidad podrán aceptarse, sin necesidad de traducción al castellano, los documentos redactados en otras lenguas. En estos casos, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación garantizará la disponibilidad de la traducción al castellano de los documentos redactados en lengua extranjera, a efectos de la fiscalización del contrato.

I.5.- ACREDITACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

Las personas físicas acreditarán su capacidad de obrar con la presentación del DNI o documento equivalente (Art. 21 RGLCAP) y las personas jurídicas con la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acta fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate.

Las personas físicas como prueba de aptitud para contratar con el Sector Público necesitan ser mayores de edad y no haber sido declaradas incapaces, pero el artículo 21.RLCAP lo que pide a los empresarios individuales es la presentación del documento nacional de identidad o, en su caso, el documento que haga sus veces y los que comparezcan o firmen proposiciones en nombre de otro acompañarán también poder bastante al efecto. Lo que pide al candidato es probar la personalidad jurídica y con ello la capacidad jurídica que surge con el nacimiento de la persona y no su capacidad de obrar. La capacidad de obrar se presume con la mayoría de edad y no es necesario que el licitador o aspirante y por lo tanto el contratista tenga capacidad para disponer de sus bienes, requisito que exige el Código de Comercio (Cco) para tener capacidad empresarial (art. 4 Cco.) e incluso algunas prestaciones derivadas de los contratos no requieren el ejercicio habitual del comercio²⁵⁸.

²⁵⁸ Ley 9/2017, de 8 noviembre de 2017 en su artículo 84. Acreditación de la capacidad de obrar. 1. La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acta fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Los empresarios no españoles que sean nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo probarán su capacidad con justificante acreditativo de su 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.

Los demás empresarios extranjeros 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.²⁵⁹

En relación con la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, se observarán las reglas establecidas a continuación:

a) Las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación de conformidad con lo indicado en el artículo 141 LCSP²⁶⁰, que deberá estar firmada y con la correspondiente identificación, en la que el licitador ponga de manifiesto lo siguiente:

1.º Que la sociedad está válidamente constituida y que conforme a su objeto social puede presentarse a la licitación, así como que el firmante de la declaración ostenta la debida representación para la presentación de la proposición y de aquella.

²⁵⁹ Artículo 84 Ley 9/2017, de 8 noviembre de 2017 [art. 72 TRLCSP]. Acreditación de la capacidad de obrar 2. La capacidad de obrar de los empresarios no españoles que sean nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo se acreditará por su 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.

3. Los demás empresarios extranjeros 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.

²⁶⁰ Artículo 141. Declaración responsable y otra documentación 1. Los órganos de contratación incluirán en el pliego, junto con la exigencia de declaración responsable, el modelo al que deberá ajustarse la misma. El modelo que recoja el pliego seguirá el formulario de documento europeo único de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea, sin perjuicio de lo establecido en la letra c) del apartado 4 del artículo 159. 2. En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior. Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

2.º Que cuenta con la correspondiente clasificación, en su caso, o que cumple los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional exigidos, en las condiciones que establezca el pliego de conformidad con el formulario normalizado del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente.

3.º Que no está incurso en prohibición de contratar por sí misma ni por extensión como consecuencia de la aplicación del artículo 71.3 de esta Ley.

En todos los supuestos en que varios empresarios concurren agrupados en una unión temporal, se aportará una declaración responsable por cada empresa participante en la que figurará la información requerida en estos casos en el formulario del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente. Adicionalmente a la declaración o declaraciones se aportará el compromiso de constituir la unión temporal por parte de los empresarios que sean parte de la misma de conformidad con lo exigido en el apartado 3 del artículo 69 de esta Ley²⁶¹.

Las empresas extranjeras, en los casos en que el contrato vaya a ejecutarse en España, además de la declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación, deberán aportar una declaración de sometimiento a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.

Cuando de conformidad con la presente Ley, el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento descriptivo exijan la acreditación de otras circunstancias distintas de las que comprende el formulario del documento europeo único de contratación, los mismos deberán indicar la forma de su acreditación.

El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la

²⁶¹ Artículo 24 RLCAP. Uniones temporales de empresarios. 1. En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen 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, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento. 2. Para que en la fase previa a la adjudicación sea eficaz la unión temporal frente a la Administración será necesario que los empresarios que deseen concurrir integrados en ella indiquen los nombres y circunstancias de los que la constituyan, la participación de cada uno de ellos y que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal, caso de resultar adjudicatarios.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.

No obstante lo anterior, cuando el empresario esté inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, y estos sean accesibles de modo gratuito para los citados órganos, no estará obligado a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos en los referidos lugares.

Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato²⁶².

Constituirán una presunción de aptitud con respecto a los requisitos de selección cualitativa que en ellos figuren, los certificados de inscripción expedidos por los órganos competentes de la llevanza de las listas oficiales de empresarios autorizados para contratar establecidas por los Estados miembros de la Unión Europea, referidos a empresarios establecidos en el Estado miembro que expide el certificado. Igual valor presuntivo surtirán, respecto de los extremos en ellos certificados, las certificaciones emitidas por organismos de certificación competentes que respondan a las normas europeas de certificación expedidas de conformidad con la legislación del Estado miembro en que esté establecido el empresario. Estos documentos deberán indicar las referencias que hayan permitido la inscripción del empresario en la lista o la expedición de la certificación, así como la clasificación obtenida²⁶³.

CAPÍTULO SEGUNDO.- OPERADORES ECONÓMICOS Y GRUPOS DE OPERADORES ECONÓMICOS

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, al igual que la anterior,²⁶⁴ para referirse al contratista utiliza el término “operador económico” y así en el art. 19.1 dice que “no podrán rechazarse operadores económicos que, con arreglo a la legislación del Estado miembro de establecimiento, estén habilitados para prestar un determinado servicio, por el mero

²⁶² Artículo 140 LCSP. Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos.

²⁶³ Artículo 97 LCSP. Certificados comunitarios de empresarios autorizados para contratar.

²⁶⁴ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

hecho de que, con arreglo a la legislación del Estado miembro donde se adjudica el contrato, deban ser personas físicas o personas jurídicas”.

El artículo 2 define, a los efectos de la Directiva, lo que entiende por «Operador económico»: una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios. Diferencia «Licitador», operador económico que haya presentado una oferta, de «Candidato», operador económico que haya solicitado una invitación o haya sido invitado a participar en un procedimiento restringido, en un procedimiento de licitación con negociación o en un procedimiento negociado sin publicación previa, en un diálogo competitivo o en una asociación para la innovación.

El concepto de “operador económico” incluye a cualquier persona o entidad o agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezcan en el mercado la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios, independientemente de la forma jurídica que hayan escogido para operar en él. Por consiguiente, las empresas, las sucursales, las filiales, las asociaciones, las sociedades cooperativas, las sociedades anónimas, las universidades, públicas y privadas, y otras formas de entidades distintas de las personas físicas deben estar todas ellas incluidas en el concepto de operador económico, sean o no “personas jurídicas”.

La Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2007, asunto C-220/05, define al «contratista» como «agente económico operativo en el mercado...». pero dicha definición no debe entenderse en sentido estricto y general, como que sólo los que operan en el mercado puedan ser agentes económicos, puesto que se refiere al caso concreto que se analiza por el Tribunal de Justicia.

La Unión Europea a través de sus Directivas busca el acceso sin límites en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de las empresas con independencia de su nacionalidad, domicilio social o lugar donde realicen sus actividades principales, mediante mecanismos como la publicidad, la libre concurrencia e igualdad (principios fundamentales) de las empresas de los diferentes países de la Unión Europea, con la finalidad de lograr un mercado interior común y eliminar las trabas al libre comercio. Dentro de este ámbito tan amplio y con esa pretensión de concurrencia de empresas competentes parece no tener sentido la limitación o, mejor dicho, la exclusión de las empresas que actúen en el tráfico jurídico legalmente porque carezcan de personalidad jurídica²⁶⁵.

²⁶⁵ Gimeno Feliú: “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”. Edición digital. Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Observatorio de los Contratos Públicos).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Las restricciones en las legislaciones de los Estados miembros ajenas a las Directivas europeas, que recogen los requisitos mínimos a cumplir por el licitador o candidato en un procedimiento de contratación para hacer realidad un mercado único europeo, pueden afectar al principio de libre acceso a las licitaciones y con ello a otros principios fundamentales del Derecho comunitario, como la libre prestación de servicios. Esto no significa que el Derecho europeo se oponga al establecimiento de requisitos específicos más restrictivos para el ejercicio de una actividad en un Estado miembro, pero con cuidado de no vulnerar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad y siempre que exista causa justificada de interés general que convierte en proporcionada la restricción establecida.

El Tribunal de Justicia de la UE ha considerado que las medidas nacionales que restrinjan el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado únicamente pueden justificarse si reúnen cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo²⁶⁶. La utilización del término “capacidad de obrar” en nuestra normativa, que excluye a entidades carentes de personalidad jurídica que realizan actividades empresariales de forma legal y reconocida, no se ajusta a las condiciones señaladas pues es un concepto discriminatorio que no responde a razones imperiosas de interés general, ni garantiza la realización del objeto que persigue y por tanto va más allá de lo necesario para alcanzar éste. La participación de estas entidades carentes de personalidad pero habilitadas y competentes para realizar una actividad empresarial o profesional en ningún caso implica un riesgo pues están avaladas por la responsabilidad de sus miembros o comuneros de forma solidaria y el aumento de la competencia beneficia al sector público en la búsqueda de la mejor oferta.

Las condiciones para cumplir los requisitos sobre capacidad económica y financiera o capacidad técnica y profesional para la ejecución de un contrato impuestas a las agrupaciones de operadores económicos que sean diferentes a las exigidas a los participantes individuales deben estar justificadas por motivos objetivos y ser proporcionadas, como puede ser la necesidad de nombrar a un representante común o un socio principal a los efectos del procedimiento de licitación o pedir información sobre su constitución en cuyo caso los Estados miembros podrán establecer unas condiciones normalizadas.

Los poderes adjudicadores podrán exigir a las agrupaciones de operadores económicos que adopten una forma jurídica determinada, cuando se les haya adjudicado el contrato, en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo.²⁶⁷ Como bien dice el artículo, se debería exigir

²⁶⁶ Así lo recoge la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de diciembre de 2007 (TJCE2007/351890).

²⁶⁷ Artículo 19.2 y 3. Directiva 2014/24/UE.

solamente cuando sea necesario para una correcta ejecución, no en cualquier caso²⁶⁸.

PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) trata a toda costa de preservar la libre competencia y por ello hace valer el principio de primacía del Derecho comunitario, de tal modo que las interpretaciones de las normas nacionales deben realizarse acorde con el espíritu de las normas de la Unión Europea. Las repercusiones son claras y necesarias debido a la trascendencia económica de la contratación pública y es que la apertura máxima de los procedimientos de contratación debe coadyuvar a conseguir contratos competitivos con aquellas empresas que realicen las mejores ofertas para la satisfacción del interés general. La Directiva 2004/18/CE, así como la jurisprudencia precedente del Tribunal, en tanto el principio de primacía del derecho de la Unión Europea obliga al órgano jurisdiccional a realizar una interpretación del Derecho nacional conforme a las Directivas de contratos públicos²⁶⁹.

La Directiva 2004/18/CE (en los mismos términos que la actual directiva) señala, como expone el TJUE, que la forma jurídica del candidato no es factor excluyente del mismo en el concurso, que deben realizarse interpretaciones funcionales de los conceptos de la Unión Europea, de forma que es independiente para el derecho el sentido que le atribuya la legislación nacional. El TJUE recuerda que la Directiva prohíbe que los Estados miembros impongan restricciones a la participación de determinadas entidades, siempre y cuando se encuentren habilitadas para realizar dichas prestaciones.

El art. 4 de la Directiva (actual art. 19 de la Directiva de 2014) establece que la adjudicación de los contratos se realizará previa verificación de la aptitud de los operadores económicos que no hayan sido excluidos y como requisito de capacidad se exigirá que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de actuación del licitador, que las prestaciones de las personas jurídicas estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propio²⁷⁰.

²⁶⁸ M. Ángeles García: “Personas físicas y jurídicas versus operadores económicos en la contratación pública”.

²⁶⁹ Así lo recoge la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de diciembre de 2009, Caso Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze (Asunto C-305/08)

²⁷⁰ Marta Oller Rubert. “Las Universidades como contratistas. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de diciembre de 2009. Caso Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze”. Revista española de Derecho Administrativo num. 147/2010 parte Jurisprudencia. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2010.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

El art. 3 apartados 19 y 22 del Decreto legislativo italiano 163/2006 contienen la definición de «operador económico», entendido como: «toda persona física o jurídica, o entidad sin personalidad jurídica, con inclusión de la agrupación europea de interés económico, que ofrezca la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado». Es un ejemplo de que en otros Estados miembros se permite a las entidades sin personalidad participar y ser adjudicatarias de contratos públicos, lo que supone una clara discriminación para las empresas españolas que por carecer de dicha personalidad son excluidas del procedimiento de contratación con el sector público tanto a nivel nacional como internacional.²⁷¹

CAPÍTULO TERCERO.- NOVACIÓN SUBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: CESIÓN Y SUBCONTRATACIÓN

Tanto la cesión del contrato como la subcontratación son excepciones a la regla general del carácter personalísimo de los contratos administrativos, donde se tienen en cuenta especialmente las cualidades del contratista²⁷².

El art. 72.1 de la Directiva 2014/24UE admite la modificación contractual (sustitución del adjudicatario) sin necesidad de una nueva licitación cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio por el poder adjudicador, consecuencia de alguna de las tres siguientes circunstancias: cláusula de revisión inequívoca contenida en los pliegos, la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o solvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por fin eludir la aplicación de la directiva, o la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional.

Esta normativa se ha inspirado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La doctrina del TJUE es clara cuando dice que existirá una nueva adjudicación y ésta será ilegal, tanto en una cesión como en un cambio de subcontratista, si no se encontraba expresamente prevista, pues supondría una alteración de un elemento esencial de la adjudicación que exigiría una nueva licitación, criterio recogido en el

²⁷¹«La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas» de Baño León.

²⁷² Baños León: «Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos».

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

artículo 72.5 de la vigente Directiva 2014/24, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública²⁷³.

En general, las novaciones subjetivas no previstas en el contrato constituyen modificaciones de los términos esenciales del mismo. La introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial.²⁷⁴ De acuerdo con los principios de igualdad de trato y de transparencia, el licitador adjudicatario no debe ser sustituido por otro operador económico²⁷⁵ sin la convocatoria de una nueva licitación. No obstante, el licitador adjudicatario que ejecute el contrato ha de poder experimentar ciertos cambios estructurales, como reorganizaciones puramente internas, absorciones, concentraciones y adquisiciones o insolvencia, durante la ejecución del contrato. Estos cambios estructurales no deben exigir automáticamente nuevos procedimientos de contratación para todos los contratos públicos ejecutados por dicho licitador. En cada contrato, los poderes adjudicadores deben tener la posibilidad de prever modificaciones por medio de cláusulas de revisión o de opción, aunque tales cláusulas no deben proporcionarles una discrecionalidad ilimitada²⁷⁶.

No dándose los supuestos admitidos por la legislación contractual para una novación subjetiva en la figura del contratista, hay que entender que estamos frente a una nueva adjudicación, en este caso directa, sin respetar los principios y reglas de la contratación pública. Es decir, la sustitución material de una de las partes contratantes constituye una modificación esencial del contrato (así se ha incorporado a la Directiva de 2014 que recoge la doctrina del TJUE.

²⁷³ La STJUE de 13 de abril de 2010 considera modificación ilegal en casos de alteración del subcontratista inicial, siempre que tal condición fuera un elemento determinante de la celebración del contrato.

²⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2008 (asunto *Pressetext Nachrichtenagentur*), al resolver la cuestión prejudicial planteada por el tribunal austríaco que resolvió que en el caso no podía considerarse equivalente a una nueva adjudicación la cesión a la que procedió el adjudicatario toda vez que transfirió a otra empresa, de la que era socio único, sus participaciones sociales manteniendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales. Pero la cesión de participaciones sociales a un tercero durante el período de vigencia del contrato ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50

²⁷⁵ Por ejemplo cuando se rescinda un contrato debido a deficiencias en su ejecución.

²⁷⁶ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública. Considerandos 110 y 111.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Los contratos públicos solo pueden novarse bien cuando se ha previsto en la documentación que rige el contrato (*modificaciones convencionales*), bien cuando no se ha previsto pero concurre alguna de las circunstancias tasadas en la LCSP (*modificaciones legales*). Las modificaciones convencionales requieren que hayan sido advertidas expresamente en los pliegos o en el anuncio de licitación y se hayan perfilado de manera clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar y el procedimiento que haya de seguirse para ello. Las modificaciones legales solamente pueden producirse cuando se incurra en alguna de las causas tasadas legalmente, sin que, de ningún modo, se puedan alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, debiendo, por otro lado, limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

El procedimiento a seguir para adoptar los acuerdos correspondientes a la modificación del contrato dependerá de si esta se ha previsto o no en los documentos del contrato. Cuando la modificación se haya dispuesto en la documentación que rige el contrato, la misma se acordará siguiendo el procedimiento que se hubiese especificado en tales documentos. En todo caso, ese procedimiento tendrá que respetar las reglas mínimas que marca la LCSP. Cuando la modificación no se haya programado en la documentación que rige el contrato, la misma se resolverá atendiendo al procedimiento recogido por la Ley de Contratos del Sector Público. Transitoriamente, la normativa aplicable al eventual modificado de un contrato debe ser la vigente cuando se celebró el mismo, pero sin que ello impida que dicha normativa deba ser interpretada necesariamente en coherencia con los criterios del Derecho de la UE.²⁷⁷

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible introdujo en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo régimen de modificación de los contratos del sector público acomodado a las directrices provenientes de la Unión Europea. Este régimen se asienta sobre la idea de que el contrato tiene que llevarse a cabo en las condiciones originariamente establecidas, siendo, únicamente, admisible variaciones cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación, o en los casos y con los límites establecidos legalmente, por lo que, en cualesquiera otros casos, si fuera ineludible que el contrato se ejecutase en modo diferente al acordado, deberá procederse a la resolución del mismo y a la suscripción de otro conforme a las disposiciones legalmente oportunas.

²⁷⁷ Juan Carlos Gris González. “La modificación de los contratos del Sector Público”. Revista Jurídica de Castilla y León. N.º 28. Septiembre 2012. ISSN 2254-3805 33 de 35.

III.1.- SUCESIÓN EN LA PERSONA DEL CONTRATISTA

Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese una operación de fusión, escisión, transmisión del patrimonio empresarial o de una rama de la actividad, le sucederá a la empresa licitadora o candidata en su posición en el procedimiento la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente del patrimonio empresarial o de la correspondiente rama de actividad, siempre que reúna las condiciones de **capacidad** y ausencia de prohibición de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación.²⁷⁸

En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo.

En los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de **capacidad**, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse al adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquellas de la ejecución del contrato.

Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario.²⁷⁹

En los casos de fusión de sociedades, la sociedad contratista se extingue al ser absorbida por otra sociedad (fusión por absorción) o se crea una nueva sociedad al fusionarse dos o varias (fusión en sentido estricto) perdiendo éstas su

²⁷⁸ Art. 144 LCSP. Sucesión en el procedimiento..

²⁷⁹ Artículo 98. Supuestos de sucesión del contratista. 1. En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo.

La empresa deberá comunicar al órgano de contratación la circunstancia que se hubiere producido.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

personalidad jurídica. En estos casos, la sociedad absorbente o resultante de la fusión sustituye a la sociedad o sociedades extinguidas en todas las relaciones jurídicas que tuviera entabladas, incluidos los contratos administrativos en los que pudiera aparecer como contratista.

Una situación similar se produce en los casos de escisión o de transmisión de rama de actividad. En la escisión de una sociedad se produce un cambio en el elemento subjetivo del contrato administrativo con o sin extinción de su personalidad jurídica, con extinción de la propia sociedad y división de su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspaasa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente y la escisión sin extinción de la sociedad escindida, cuando se segrega una o varias partes del patrimonio de la sociedad que no se extingue, traspasando en bloque las partes segregadas a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes. Por tanto, la sociedad contratista trasmite a un tercero una rama de actividad del que forman parte, entre otros elementos, determinados contratos administrativos.

En el caso de las uniones temporales de empresas, se puede diferenciar, en atención al artículo 69. 8 y 9 de la LCSP²⁸⁰, dos situaciones:

1.- Si se produjese la modificación de la composición de la unión temporal de empresas durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato, esta quedará excluida del procedimiento. No tendrá la consideración de modificación de la composición la alteración de la participación de las empresas siempre que se mantenga la misma clasificación.

Las operaciones de fusión, escisión y aportación o transmisión de rama de actividad de que sean objeto alguna o algunas empresas integradas en una unión temporal no impedirán la continuación de esta en el procedimiento de adjudicación. En el caso 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 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.

2.- Una vez formalizado el contrato con una unión temporal de empresas, se observarán las siguientes reglas:

a) Se necesitará la autorización previa y expresa del órgano de contratación si hay aumento del número de empresas, disminución del mismo, o sustitución de una o varias por otra u otras. Siendo necesario que se haya ejecutado el contrato al menos en un 20 por ciento de su importe o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que se haya efectuado su explotación

²⁸⁰ Art. 69.10 LCSP. La información pública de los contratos adjudicados a estas uniones incluirá los nombres de las empresas participantes y la participación porcentual de cada una de ellas en la Unión Temporal de Empresas, sin perjuicio de la publicación en el Registro Especial de Uniones Temporales de Empresas.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

durante al menos la quinta parte del plazo de duración del contrato. En todo caso será necesario que se mantenga la solvencia o clasificación exigida y que en la nueva configuración de la unión temporal las empresas que la integren tengan plena **capacidad** de obrar y no estén incursas en prohibición de contratar.

b) En caso de fusión, escisión o transmisión de rama de actividad respecto de alguna o algunas empresas integrantes de la unión temporal, continuará la ejecución del contrato con la unión temporal adjudicataria. En el caso 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 integrantes de la unión temporal, será necesario que tengan plena **capacidad** de obrar, no estén incursas en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida.

c) Declaradas en concurso de acreedores alguna o algunas de las empresas integrantes de la unión temporal, aun cuando se hubiera abierto la fase de liquidación, continuará la ejecución del contrato con la empresa o empresas restantes siempre que estas cumplan los requisitos de solvencia o clasificación exigidos.

La sucesión no es un caso de cesión de contratos, porque lo que se produce es una sucesión universal, que no tiene como finalidad específica la simple cesión de un contrato administrativo determinado. Hay que distinguir entre la cesión del contrato propiamente dicha y la sucesión en el contratista. La cesión constituye un negocio jurídico dirigido directa y específicamente a transmitir el contrato base (el contrato administrativo) a favor del cesionario. Mientras en la sucesión de personas públicas o privadas el contratista es sustituido por otra entidad distinta, sin que tal sustitución se produzca a través de la técnica de la cesión de los contratos singularmente considerados. Los requisitos previstos para la cesión de contratos, entre ellos, haber ejecutado al menos el 20% del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que se haya efectuado una explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato no son exigibles en los casos de fusión, escisión y transmisión de rama de actividad. El legislador no ha dejado margen alguno a la Administración para valorar si la sociedad absorbente o resultante de la fusión le ofrece suficientes garantías en lo que la ejecución del contrato se refiere.

Es decir, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, se transmite un activo y pasivo global, que conforma una unidad económica, no un contrato determinado, de forma similar a los supuestos de extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista por fusión. La sociedad absorbente o resultante de la fusión sucede en todas las relaciones jurídicas de la sociedad absorbida o fusionadas y no sólo en un contrato determinado.

La transformación de la sociedad contratista por el cambio en su forma jurídica societaria (por ejemplo pasar de ser una SA a una SL) no supone la

extinción de su personalidad jurídica, en consecuencia, este solo hecho, no afecta a la vida del contrato.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa²⁸¹ entiende que en la sucesión (escisión, aportación o transmisión de empresas o de ramas de las mismas) no se exige autorización previa y el momento de apreciar la **capacidad** y solvencia del nuevo contratista o entidad resultante o beneficiaria será aquel en que se produzca la propia escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de la misma, para lo cual, si el nuevo contratista es una sociedad mercantil deberá estar constituida en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil. Conclusiones que deben operar igualmente en el supuesto de la cesión de derechos y obligaciones derivados de un contrato. La delimitación no puede hacerse por el dato de la subsistencia o extinción de la personalidad de la empresa que queda desligada del contrato.

Esta Junta, en informe de fecha 21 de diciembre de 1999 (expediente 48/99), admite que, en el caso de las sociedades que se fusionan o escinden o en el supuesto de aportación de ramas de actividad, la experiencia de las primitivas sociedades o entidades se tenga en cuenta al valorar las Mesas de contratación la solvencia de las que resulten de las citadas operaciones. Sin referencia a la extinción o no de la personalidad.

III.2.- CESIÓN

Al margen de regulaciones sectoriales (como la prevista en el propio ámbito de la contratación administrativa), el Tribunal Supremo español admite la cesión de contratos como figura²⁸². La cesión de contrato consiste en el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la posición íntegra que ocupaba en el contrato cedido, de manera que el cesionario adquiere los derechos que ostentaba el cedente en la relación contractual como si hubiese sido el contratante inicial. Su esencia es la sustitución de uno de los sujetos del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual.

El Código Civil, al menos como categoría general, no recoge esta figura. Posteriormente se hace una interpretación flexible de los artículos 1203 y ss. del Código Civil que ha permitido una aceptación generalizada en la doctrina científica

²⁸¹ Informe 30/01, de 13 de noviembre de 2001 de la JCCA del Estado.

²⁸² Así lo demuestra, entre otras, las sentencias de 6 de abril de 1973, 25 de abril de 1975, 26 de noviembre de 1980, 23 de octubre de 1984, 20 de marzo de 1985, 26 de noviembre de 1986, 21 de noviembre de 1991, 4 de febrero de 1993 y 4 de marzo de 1994. Sentencia de 3 de noviembre de 2008, sentencia de 6 noviembre 2006.

Esta figura ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala, al no estar regulada en el del Código Civil. (sentencias de 19 de septiembre de 1998 y 27 de noviembre de 1998).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

(no sólo en la civilista) de esta figura, fundamentalmente a través del principio de la libertad de pactos recogido en su artículo 1255.

En el Derecho Administrativo la admisibilidad de la cesión del contrato deriva de la propia regulación legal existente que la admite expresamente y establece al efecto determinadas previsiones de obligado cumplimiento.

Las Directivas de contratación parten del principio de que la sustitución del contratista se considera una modificación sustancial, que se trata de una nueva adjudicación, por lo que debe conllevar un nuevo procedimiento selectivo. La regla general es la prohibición de la cesión, salvo en los supuestos de sucesión del contratista.

Para las concesiones de servicios se admite que una modificación no es sustancial, además de en los supuestos de reestructuración de empresas o de insolvencia, cuando existe una cláusula contractual a la que se obliga a otro operador económico que se ajusta a los criterios de selección cualitativa establecidos originalmente. Admite la transmisibilidad de la condición de concesionario de un servicio público, siempre que el cesionario reúna los requisitos subjetivos exigidos originariamente al cedente y no se introduzcan otras modificaciones para eludir la Directiva.

El impacto de la Directiva sobre la cesión de los contratos es muy elevado y obligará en la práctica a que desaparezca esta posibilidad en los contratos de obras, servicios, suministros y concesión de obra pública sujetos a la Directiva de la Unión Europea.

La cesión de los contratos una vez adjudicados y formalizados es un instrumento técnico para dotar a la contratación administrativa de flexibilidad y adecuarla a las condiciones de evolución del mercado y de la situación de los contratistas. No obstante, se somete al cumplimiento de determinados principios y requisitos, para garantizar el cumplimiento de los principios que rigen la contratación administrativa.

La cesión del contrato se sitúa fuera del ejercicio del ius variandi, que se circunscribe a la novación objetiva del contrato y no se ha tenido en cuenta que la alteración del sujeto que ha de realizar la prestación supone una modificación esencial del contrato.

La cesión debe ser pura (no cabe condicionarla), comenzando a surtir efectos, concurriendo la preceptiva autorización de la Administración, a partir del instante en que se suscribe la oportuna escritura pública (y se comunica a la Administración).

El contrato de cesión considerado en abstracto (es decir, con independencia de los pactos concretos a los que hubiesen llegado el cedente y el cesionario y a la

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

preceptiva autorización de la Administración) repercute sobre el contrato base (el contrato administrativo) exclusivamente en lo que a la sustitución del contratista originario se refiere. La modificación subjetiva de los contratos solamente es posible por cesión contractual²⁸³ cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos, que son los que deben señalar los límites y requisitos mínimos para su ejercicio, según lo establecido en la LCSP. *Los pliegos establecerán necesariamente que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.*

El artículo 214.1 LCSP tiene el carácter de legislación básica siendo, en consecuencia, de aplicación a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de las mismas, pero tiene ciertos límites y es que todo contrato público, sean cuales fueren los criterios tenidos en cuenta para su adjudicación, toma en consideración las cualidades del contratista pues éste, a fin de cuentas, tendrá que haber acreditado de forma previa y suficiente su capacidad y solvencia²⁸⁴.

La regla general es que los contratos administrativos son susceptibles de ser cedidos (con las limitaciones impuestas en cada ordenamiento jurídico), sin perjuicio de que, como excepción a esa regla general, pueda configurarse en determinados casos *intuitu personae*, lo que impediría, por esencia, la cesión del contrato, pues no tendría sentido la regulación de la cesión del contrato administrativo si, por naturaleza, del mismo derivaran prestaciones personalísimas. Para poder ceder la posición jurídica de contratista (con sus derechos y obligaciones) es imprescindible que el contrato pueda ser ejecutado por persona distinta de la originariamente adjudicataria. La Administración debe cerciorarse de que el contratista goza de la **capacidad**, solvencia y ausencia de prohibición para contratar necesarias para el cumplimiento de las prestaciones que le incumben.

²⁸³. Artículo 214. 1. Al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 274.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 275.

²⁸⁴ Si para adjudicar el contrato se ha considerado un único criterio, el precio, la toma en consideración de las cualidades del licitador tienen carácter limitado pero si la adjudicación del contrato ha sido en base a diversos criterios de selección y/o adjudicación es indicativo de que determinadas cualidades técnicas o personales han sido determinantes para su adjudicación y quizá requiere una labor interpretativa de los pliegos y/o la naturaleza del contrato, pues elementos como la experiencia del proponente en el desarrollo de actuaciones similares u otras circunstancias, a la hora de abordar el objeto del contrato, son también relevantes.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Los contratos constituyen un todo en que se permite la sustitución del adjudicatario en la posición contractual mediante la cesión. Para que los contratistas puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, los pliegos deberán contemplar, como mínimo, la exigencia de los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión. Dicha autorización se otorgará siempre que se den los requisitos previstos en las letras siguientes²⁸⁵.

b) 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 contrato²⁸⁶.

²⁸⁵ El plazo para la notificación de la resolución sobre la solicitud de autorización será de dos meses, transcurrido el cual deberá entenderse otorgada por silencio administrativo.

²⁸⁶ No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el contratista en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación, o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal.

No obstante lo anterior, el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario podrá solicitar la cesión en aquellos supuestos en que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios los pliegos prevean, mediante cláusulas claras e inequívocas, la posibilidad de subrogación de un tercero en todos los derechos y obligaciones del concesionario en caso de concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión, con la finalidad de evitar su resolución anticipada.

En nuestro Derecho, el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, con el fin de garantizar en lo posible la continuidad del contrato y buscando causar el menor perjuicio posible al empresario y a la Administración, modificó el art. 226.2 TRLCSP para permitir la posibilidad de que el adjudicatario ceda los derechos y obligaciones derivados del contrato a un tercero aunque el primero se encuentre en concurso y se haya abierto la fase de liquidación, no operando por lo tanto la causa de resolución del contrato en este supuesto ni tampoco la exigencia común de la cesión de los contratos de que se haya ejecutado al menos un 20 por ciento del importe, o cuando se trate de la gestión de un servicio público que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. Aclaraciones que se mantienen en el actual art. 214 punto 2b) cuando dice que para que los contratistas puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, los pliegos deberán contemplar, como mínimo, la exigencia de 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. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el contratista en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación, o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

c) 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.

d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente²⁸⁷.

¿Es la cesión del contrato administrativo un supuesto de novación extintiva?

En relación con los contratos públicos, sostener que la cesión a un tercero en la posición de contratista constituye un supuesto de novación extintiva, supondría una quiebra del principio de licitación pública que impera en este ámbito. Si se admitiera que cuando el contratista es sustituido en su posición contractual por un tercero, lo que se está produciendo es una extinción del contrato originario suscrito con la Administración para sustituirlo por otro (aunque sea de contenido coincidente) del que pasará a formar parte el tercero (en lugar del contratista originario), habría que adjudicar este nuevo contrato a través de las vías legalmente procedentes de licitación.

La novación extintiva lleva consigo por esencia la extinción del contrato originario y el surgimiento de uno nuevo que sustituye al anterior. Si surgiera un nuevo contrato (consecuencia de la novación extintiva), la Administración habrá de adjudicarlo respetando principios como los de igualdad, transparencia y publicidad, por lo que no sería congruente con estos principios que el nuevo contrato sea adjudicado al cesionario directamente y por la sola voluntad del cedente (contratista originario) y la Administración, sin seguir éste procedimiento de licitación alguno.

Esta situación se soluciona si se admite la figura de la cesión del contrato distinta de la novación extintiva, ya que en este caso subsistirá el mismo contrato, si bien con un cambio subjetivo (la subrogación del cesionario en la posición del contratista cedente). En definitiva, no habrá un nuevo contrato que adjudicar.

Mayoritariamente la doctrina considera la cesión como una modificación subjetiva de los contratos que implica la desaparición del contratista en la relación jurídica contractual y su sustitución por el cesionario.²⁸⁸ Es la transmisión subjetiva de la relación contractual sin modificación de los pactos constitutivos del

²⁸⁷ Art. 214 punto 2 y 3 LCSP.

²⁸⁸ Artículo 214. LCSP. [ART. 226 TRLCSP].

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

contrato que se transmite²⁸⁹. El cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente.

La cesión de los contratos opera en el marco de la legislación administrativa como excepción al principio de ejecución personal por el contratista de la prestación que le ha sido adjudicada según informe 39/1978, de 22 de noviembre de la JCCA. Es un instrumento técnico para dotar a la contratación administrativa de la flexibilidad adecuada que permita la sustitución del elemento subjetivo del contrato, en casos excepcionales y siempre que las características del contratista no hayan sido determinantes de la adjudicación. La utilización de esta figura no puede ser utilizada de forma que su autorización comporte una defraudación de los principios que regulan la selección del contratista.

¿La cesión del contrato constituye un negocio jurídico bilateral o trilateral?

En toda cesión de contrato existen tres partes afectadas (que no quiere decir que tengan que ser consideradas necesariamente partes en el contrato de cesión): el cedido, el cedente y el cesionario. El cedente es la parte contratante que va a verse sustituida en el contrato, el cesionario es el tercero que, a partir de la cesión, pasa a formar parte del contrato en lugar del cedente y el cedido es la persona que forma parte del contrato desde su origen y que se mantiene con posterioridad a la cesión, normalmente la Administración, lo cual no impide que pueda ser ella la cedente del contrato²⁹⁰.

El cesionario debe reunir los requisitos relativos a **capacidad**, solvencia y ausencia de prohibición para contratar y no basta simplemente con que el cesionario afirme que reúne estos requisitos, sino que tendrá que acreditar su cumplimiento en los términos previstos en la regulación aplicable pues ello constituye otra cautela razonable para evitar la paradoja de que el cesionario, que no pudo licitar por no cumplir dichos requisitos, posteriormente, a través de la cesión del contrato, consiga un efecto práctico similar.

En cuanto a las relaciones entre el cedido (la Administración contratante) y el cedente (el contratista originario), cesan en el momento en el que se produce la cesión, instante a partir del cual la Administración no podrá reclamar nada del contratista originario ni viceversa.

La cesión de un contrato es un negocio privado sometido, como garantía del interés público causa del contrato, a la preceptiva autorización de carácter

²⁸⁹ En la subrogación de los contratos consecuencia de una sucesión empresarial lo que se transmite es un activo y un pasivo global, mientras que en el supuesto de cesión de contratos no existe la transmisión de empresa sino que se cede un único contrato.

²⁹⁰ Ernesto García-Trevijano Garnica. La cesión del contrato administrativo y otras figuras afines. Círculo de Derecho Administrativo.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

constitutivo. Este carácter de negocio privado de la novación subjetiva en un contrato público explica por qué respecto de la autorización de la cesión de un contrato público no se extiende la función de control interno de la Intervención (no está sometida al régimen de fiscalización previa preceptiva).²⁹¹ En la formación de la voluntad del órgano de contratación sobre la decisión de autorizar o no la cesión, la Intervención no participa, por lo que, cumplidos los requisitos exigidos por la normativa de contratación pública, la cesión se entenderá válidamente constituida y producirá sus efectos desde ese momento. No obstante, la Intervención deviene necesaria en el momento de la toma de razón contable de la cesión ajustando los documentos contables a la nueva situación.

Parece contradictorio que si en la contratación privada es preciso el consentimiento del cocontratante, que lo puede prestar o no, en la contratación pública dicho requisito no sea preciso y simplemente se limite a constatar que se dan los requisitos²⁹². A este negocio jurídico atípico se refiere, incluyendo un resumen de la doctrina jurisprudencial del Supremo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2014: *“A falta de regulación positiva en nuestro Derecho, la cesión del contrato ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala,²⁹³ según la cual la figura jurídica de la cesión del contrato supone un negocio de cesión entre cedente y cesionario, de un contrato de prestaciones recíprocas,*

²⁹¹ La Intervención General de la Administración del Estado en su Informe de 29 de abril de 1996 ha manifestado que «el negocio jurídico de cesión celebrado entre el adjudicatario cedente y un tercero cesionario, no implica para la Administración la asunción de ningún derecho ni obligación de contenido económico».

²⁹² El Informe 5/12, de 20 de noviembre de 2012 establece que, en relación con la cesión de un contrato en ejecución, a los efectos de la autorización de la cesión, el Ayuntamiento deberá revisar los siguientes extremos: primero, las circunstancias del procedimiento de adjudicación descrito en los antecedentes a fin de comprobar que las cualidades técnicas o personales del cedente X no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato; segundo, a la vista de la composición del mercado afectado por el contrato, que no resulte de la cesión una restricción efectiva de la competencia en el mismo; y, tercero, si a la vista de los pliegos y del contrato finalmente celebrado como resultado del procedimiento de adjudicación, la cesión no suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato. Se pretende evitar una posible distorsión del mercado, permitiendo que, después de la adjudicación del contrato, la empresa adjudicataria pueda cederlo a otra, incumpliendo las más elementales normas de selección de contratistas. En este sentido se establece la necesidad de recabar, no solo la autorización del órgano de contratación sino también un requisito de carácter objetivo, como es que el contrato se haya ejecutado en al menos un 20% o que se haya efectuado su explotación en al menos una quinta parte del plazo de duración; otro de carácter subjetivo, como es que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y reúna la solvencia y la clasificación exigida, en su caso, y, por último, uno de forma, que consiste en que la cesión se formalice en escritura pública. Sólo el cumplimiento de todas las circunstancias, permite que sea válida la cesión.

²⁹³ Sentencias de 12 de Julio de 1.927 , 1 de Julio de 1.949 (RJ 1949, 947), 26 de Febrero y 26 de Noviembre de 1.982 (RJ 1982, 6933) , 23 de Octubre de 1.984 (RJ 1984, 4972), 4 de Febrero de 1.993 (RJ 1993, 825) y 5 de Marzo de 1.994 (RJ 1994, 1653).

pues de ser de prestación única se estaría ante una simple cesión de crédito o asunción de deuda, necesitando en todo caso el concurso del consentimiento por parte del contratante cedido, de tal manera que se exige una necesaria conjunción de tres voluntades contractuales, que se produce por la cesión en la titularidad de la relación convencional, conservando siempre el cedido su posición originaria". "La cesión de contrato consiste en el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la posición íntegra que ocupaba en el contrato cedido", de manera que el cesionario adquiere los derechos que ostentaba el cedente en la relación contractual como si hubiese sido el contratante inicial. Esta figura ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala, al no estar regulada en el Código civil, aunque sí lo está en el Código italiano (artículo 1406) y en el Fuero Nuevo de Navarra (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077) (ley 513.2). La sentencia de 26 noviembre 1982 (RJ 1982, 6933) declara que "puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas si éstas no han sido todavía cumplidas y la otra parte prestó consentimiento anterior, coetáneo o posterior al negocio de cesión. Para que la cesión sea efectiva, la jurisprudencia ha exigido que en el negocio jurídico concurren las tres partes, es decir, el contratante cedente de su posición contractual, el nuevo que la adquiere y el cocontratante que va a resultar afectado por el cambio de deudor"²⁹⁴. Sin el consentimiento no existe cesión, o como afirma la sentencia de 9 diciembre 1997 (RJ 1997, 8967), "la necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual".

La Administración deba autorizar expresa y previamente la cesión del contrato pero cuál es el alcance y naturaleza de dicha autorización a otorgar por la Administración; ¿es *conditio iuris* para que despliegue sus efectos el contrato de cesión suscrito (y perfeccionado) entre el cedente y el cesionario?, ¿cómo manifestación del consentimiento de la Administración, es un requisito de perfección o simplemente de eficacia del referido contrato de cesión?. ¿Es o no reglada la autorización que ha de prestar el órgano de contratación cuando se cumplen los requisitos para la cesión?²⁹⁵.

²⁹⁴ Sentencias de 9 diciembre 1997 (RJ 1997, 8967), 9 diciembre 1999 (RJ 1999, 8535), 21 diciembre 2000 (RJ 2000, 10132) y 19 septiembre 2002 (RJ 2002, 8561).

²⁹⁵ Ernesto García-Trevijano Garnica. La cesión del contrato y la subcontratación en el ámbito administrativo. Cuadernos de derecho judicial N.º. 8, 1997 (Ejemplar dedicado a: Contratación administrativa, II / José Luis Gil Ibáñez (dir.)), págs. 195-236

Ernesto García-Trevijano. La cesión del contrato administrativo: la subcontratación. Civitas. 1997. Se aborda en este libro un aspecto de la contratación administrativa que, a pesar de su importancia, ha sido objeto de poca atención por parte de la doctrina científica. La cesión del contrato y la subcontratación, aun con sus notables diferencias, suponen la sustitución del contratista, ya sea simplemente material (parcial) en el cumplimiento del contrato (subcontratación), ya se trate de una sustitución jurídica en la posición de contratista (cesión). Su importancia práctica es indudable, pues es habitual su utilización en este ámbito, especialmente de la subcontratación. En

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Para el Consejo de Estado (Dictamen 36898/1970, de 9 de julio) dicha autorización debe entenderse no como un nuevo otorgamiento discrecional, sino como un mero control de la regularidad de la transmisión, de lo cual se infiere un cierto carácter reglado en el otorgamiento de la autorización, sin perjuicio del matiz discrecional que implica la valoración de las cualidades técnicas y personales del cedente como determinantes, o no, de la adjudicación del contrato. En cualquier caso, la autorización del órgano de contratación reviste carácter preceptivo, sin la cual la cesión carece de efectos jurídicos frente a la Administración. La respuesta de la Administración a la cesión contractual solo podrá ser negativa si, de forma motivada, se argumenta que el cesionario no acredita la solvencia y **capacidad** adecuadas para sustituir al contratista originario”.

El Acuerdo 59/2013, de 28 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón considera que la cesión es un negocio privado en el que la actuación de la Administración se limitaría a constatar que se cumplen los requisitos: “el control de los requisitos enunciados se lleva a cabo a través de la preceptiva autorización previa y expresa del órgano de contratación.

La Circular 1/2012, de 11 de abril, de la JCCA de Aragón excluye las cesiones contractuales, cuya consideración como modificados ha sido avalada por las nuevas Directivas sobre contratación pública.

Por tanto, es imprescindible el consentimiento del cedente y del cesionario, así como el consentimiento de la Administración (cedido), pero el consentimiento de la Administración, que se manifiesta a través de la autorización, no cabe colocarlo en el mismo plano que el prestado por cedente y cesionario. La autorización debe otorgarse con carácter previo a la cesión. La cesión se formalizará entre el adjudicatario y el cesionario en escritura pública.

¿Qué ocurre cuando, sin otorgarse dicha autorización, el contratista y el tercero suscriben un contrato que denominan de cesión y cuáles son las consecuencias jurídicas de la autorización otorgada con posterioridad (es decir, no con carácter previo a la cesión)?.

La ausencia de la preceptiva autorización de la Administración contratante hace que el contrato suscrito entre el contratista y el tercero no sea en realidad de cesión, sin perjuicio de los efectos que “inter privados” puedan producir los pactos por ellos suscritos, pero sin que en modo alguno puedan incidir sobre el contrato administrativo ajeno a tales pactos. Si posteriormente en el tiempo la Administración autoriza la cesión, sólo a partir de dicho instante existirá ya un

el libro se examinan con profundidad las distintas cuestiones que pueden plantearse en la aplicación práctica de las citadas figuras jurídicas, a la vez que se da respuesta a aspectos teóricos tan relevantes como, por ejemplo, la eventual compatibilidad entre la sustitución del contratista (material, o además jurídica) y el principio de licitación pública que impera en la contratación administrativa.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

contrato de cesión, de manera que la autorización así otorgada no habrá sanado un defecto anterior, sino que simplemente se cumplirá uno de los requisitos imprescindibles para que el contrato de cesión nazca al mundo jurídico.

Afirmar que el contrato de cesión no se ha perfeccionado (y, por tanto, no ha llegado a formarse) si falta la autorización de la Administración no impide que los pactos suscritos, sin mediar la autorización, entre cedente y cesionario, puedan desplegar determinados efectos (por ejemplo, indemnizatorios), pero lo que no cabe es concebir tales pactos como constitutivos de un verdadero contrato de cesión. El contrato de cesión se negocia y suscribe exclusivamente entre éstos, que pactarán lo que crean conveniente (precio, compensaciones, etc.), pactos en los que no tiene una participación activa la Administración, a la que únicamente le compete aceptar o no la cesión que se le propone (en definitiva, la sustitución sin más del contratista).

¿El otorgamiento en escritura pública es o no un requisito de perfección más del contrato de cesión?. El formalizar en escritura pública nos puede indicar que el contrato de cesión no es un contrato administrativo, sino que se trata de un negocio jurídico de carácter privado suscrito entre el cedente y el cesionario. La Administración no deba suscribir la escritura pública de cesión, en la que sólo participan el cedente y el cesionario. El Consejo de Estado, en su dictamen 805/1996, de 11 de julio de 1996, mantuvo que la formalización en escritura pública es un requisito de naturaleza *ad substantiam* “que, conforme prescribe la legislación reguladora de la contratación pública, constituye una condición esencial para que la cesión autorizada pueda operar válidamente”.

La declaración de invalidez del contrato base (del contrato administrativo), con efectos *ex tunc*, provocará inmediatamente que el contrato de cesión suscrito carezca en realidad de objeto, aunque aparentemente cuando se suscribió existiera dicho objeto, por la propia apariencia de validez del contrato base entonces todavía no declarado inválido. Y en tal caso, faltaría uno de los requisitos necesarios para entender existente el contrato de cesión, como es que tenga un objeto cierto.²⁹⁶

Junto a la cesión del contrato propiamente existen otras figuras o situaciones que jurídica o materialmente pueden producir efectos similares: (i) la transmisión de las acciones representativas del capital social de la sociedad contratista; (ii) la fusión de la sociedad contratista, la escisión o la transmisión de rama de actividad; (iii) la transmisión de todo o parte de la participación de un miembro en una unión temporal de empresarios (UTE); y, (iv) la subcontratación. La consecuencia lógica de ello es que, en principio, la transmisión de acciones representativas del capital social de la sociedad contratista a favor de terceros, incluso cuando lleven un cambio de control, debería ser neutra para la Administración, que seguirá ligada

²⁹⁶ Ernesto García-Trevijano Garnica. “La cesión del contrato administrativo y otras figuras afines”.

contractualmente con la misma persona jurídica que resultó adjudicataria y de la que tomó en consideración su capacidad, solvencia y ausencia de prohibición para contratar (no la de sus accionistas). Pero ¿qué sentido tiene, por ejemplo, valorar la solvencia de los licitadores si finalmente no son ellos los que van a ejecutar el contrato, sino la sociedad por ellos constituida a tal fin?; ¿de qué sirven todos los mecanismos legalmente establecidos para la selección del contratista?, ¿sería admisible que los adjudicatarios, en su condición de accionistas de la sociedad por ellos constituida y que asume la condición de contratista, pudieran transmitir sin más su participación en el capital social de ésta?. Si al día siguiente de haberse constituido la sociedad que asume la condición de contratista, los socios transmitieran sus acciones a un tercero y sin la previa autorización de la Administración, no sólo podría considerarse que se está produciendo una cesión indirecta del contrato administrativo (aunque formalmente se mantenga a la misma sociedad contratista), sino que además se daría con el agravante de que de nada habría servido (aunque sea indirectamente) la valoración, por ejemplo, de la solvencia de quienes resultaron adjudicatarios²⁹⁷.

III.3.- SUBCONTRATACIÓN

La subcontratación no es una realidad nueva en el marco de la contratación pública pero la situación económica ha provocado modificaciones normativas novedosas y, en cierta forma, rupturistas con el tratamiento tradicional que la normativa de contratos públicos daba a la subcontratación y una mayor intervención del Derecho Público en la relación jurídico privada entre contratista principal y subcontratista y de la Administración o poder adjudicador contratante en la ejecución del subcontrato privado²⁹⁸.

El subcontrato no está definido en el Derecho Positivo, ni en el Código Civil, ni en el de Comercio ni en la legislación de contratos, que aunque incluye previsiones sobre su régimen jurídico no lo define. Se ha desarrollado una jurisprudencia civil sobre la subcontratación a partir del art. 1597 del Cc referente a quienes ponen «su trabajo y materiales en una obra», sin emplear el término subcontratista.

²⁹⁷ Art. 214.1 Ley 9/2017, de 8 de noviembre: Cuando los pliegos prevean que los licitadores que resulten adjudicatarios constituyan una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, establecerán la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad; así como el supuesto en que, por implicar un cambio de control sobre el contratista, esa cesión de participaciones deba ser equiparada a una cesión contractual a los efectos de su autorización de acuerdo con lo previsto en el presente artículo. Los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados.

²⁹⁸ “La subcontratación y la contratación pública: algunas consideraciones sobre la evolución normativa reciente y su contexto. Referencia a ciertas dificultades que plantea la aplicación de la subcontratación en el ámbito de la contratación pública” de Marín Albarrán.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

El significado del prefijo “sub”, según definición de la RAE, es «bajo» o «debajo de», indica dependencia, subordinación o sometimiento. La subcontratación como contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera. Es decir, un subcontrato requiere la existencia de un contrato previo asignado a quien luego subcontrata una concreta prestación. La definición jurídica del concepto de subcontratación debe incorporar, necesariamente, la relación de dependencia con el contrato que puede llamarse principal. Podría definirse el subcontrato como el contrato mediante el cual quien ha recibido el encargo de realizar una determinada prestación, encarga, a su vez, la realización de la misma o de parte de la misma a un tercero.

La subcontratación supone el ejercicio de la facultad de organización del empresario contratista que encarga a un subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que él está obligado a realizar en su proceso productivo y que es una manifestación concreta del ejercicio del derecho a la libertad de empresa reconocida en el art. 38 de la Constitución. El fundamento último es la especialización de las organizaciones. La subcontratación como la externalización de determinadas tareas que no constituyen la esencia o núcleo de la actividad a la que se dedica una determinada empresa, actividades tales como la seguridad, limpieza o incluso el asesoramiento legal (aunque detrás de la externalización de servicios subyace un contrato, pero no un subcontrato).

En la Ley de Contratos del Estado de 1965 ya se incluía una regulación sobre la subcontratación en relación con los contratos de obras y de gestión de servicios públicos. La posibilidad del contratista de subcontratar unidades de obra, con un límite del 50 % del presupuesto total del contrato y previa comunicación a la Administración. En el caso del contrato de gestión de servicios públicos se reconocía el derecho del contratista a subcontratar prestaciones accesorias. Una regulación que siguió en la misma línea en las sucesivas leyes reguladoras de la contratación pública, salvo matices.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 1995, por exigencias del Derecho de la Unión Europea, inició el cambio que se ha intensificado en las modificaciones recientes, en especial a partir de la modificación de la Ley de Contratos del Sector Público operada mediante la Ley de Apoyo a los Emprendedores y a su Internacionalización, hacia una intervención, cada vez más intensa, del Derecho Público en la relación jurídico privada que une a contratista principal y subcontratista. Hasta ese momento, la normativa de contratación pública se refería a cuestiones muy concretas cuando regulaba la subcontratación, en coherencia con la perspectiva de la radical separación entre el contrato público y el contrato (subcontrato) privado. De manera que este último se regía por normas de Derecho privado y por los pactos alcanzados entre las partes, pero en modo alguno por el Derecho Público, salvo en lo referente al límite máximo a subcontratación y los requisitos formales que ésta debía cumplir, en particular la comunicación a la

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Administración y la prohibición de subcontratar con quien no puede contratar con la Administración, aspectos mínimos necesarios que la normativa de contratación debía regular.

La regulación de esta figura se limitaba y aún hoy se limita a prever los límites y requisitos formales del subcontrato. Se referían a la conclusión del subcontrato con la única intención de proteger el contrato principal y el interés general a éste subyacente (evitar la cesión fraudulenta del contrato y asegurar el conocimiento de la subcontratación por parte de la Administración), pero no regulaban obligaciones recíprocas entre las partes del mismo, es decir, entre el contratista de la Administración y el tercero con el que éste subcontrataba, que se consideraban cuestiones totalmente ajenas al Derecho Público y a la Administración contratante y debían depender únicamente de las normas de *ius cogens* de Derecho Privado y de la autonomía de la voluntad de las partes, no siendo la Administración parte de dicho contrato²⁹⁹.

La Directiva 2004/18 y el Código de Buenas Prácticas de 25 de junio de 2008 de la Comisión de las Comunidades Europeas consideraban la subcontratación como instrumento de primera magnitud para fomentar la actividad de las pequeñas y medianas empresas (PYME), aprovechando la especialización alcanzada a partir de la división social y material del trabajo. La necesidad de propiciar un cambio en la mentalidad de los poderes adjudicadores para facilitar el acceso a las PYME a la contratación pública a través de la subdivisión en lotes de los contratos, la posibilidad de agrupaciones de PYME independientes con la finalidad de valerse de la capacidad de todos los participantes y, especialmente, el recurso a la subcontratación como forma de que las PYME puedan intervenir en la ejecución de contratos de gran envergadura a los que no podrían normalmente acceder por carecer de la solvencia necesaria para licitar cuando podrían aportar al contrato el valor añadido de productos o servicios muy especializados. Cuando las prestaciones son complejas, el recurso a la subcontratación es, en muchos casos, necesario o incluso inevitable así como la especialización y la división social del trabajo. La subcontratación facilita el acceso al mercado de la producción de bienes y servicios que éste necesita a las PYMES, (en ocasiones difícil de acceder para las grandes empresas con mayor motivo para las PYME)³⁰⁰.

La Directiva 2014/24 del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, que deroga la Directiva 2004/18, establece importantes líneas de actuación y marca una dirección clara en la

²⁹⁹ “Comentarios a la Ley sobre la subcontratación en el sector de la Construcción” de Monreal de la Iglesia.

³⁰⁰ Marín Albarrán: “La subcontratación y la contratación pública: algunas consideraciones sobre la evolución normativa reciente y su contexto. Referencia a ciertas dificultades que plantea la aplicación de la subcontratación en el ámbito de la contratación pública”, Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013, 2014, págs. 467-468.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

regulación de la subcontratación que implican un avance e introduce una regulación más estricta de la subcontratación en relación a la Directiva que deroga³⁰¹ pero no establece prescripciones de obligada transposición para los Estados miembros, otorgando un amplio margen de actuación a los mismos en esta materia. Reconoce al poder adjudicador la facultad y el deber de controlar la subcontratación y en su art. 71 recoge que en los pliegos de la contratación el poder adjudicador podrá pedir al licitador que indique en su oferta *la parte del contrato que tenga intención de subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos. También exigirá al contratista principal que le notifique cualquier modificación que sufra esta información durante el transcurso del contrato, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas a los que asocie ulteriormente a la obra o servicio en cuestión*³⁰².

Pero la mayor novedad se encuentre en la previsión de que los Estados miembros podrán disponer, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, que el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas por el operador económico al que se haya adjudicado el contrato público (contratista principal). Tales disposiciones podrán incluir mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los pagos indebidos. Las disposiciones relativas a este modo de pago se establecerán en los pliegos de la contratación (art. 71.3 y 4). Sin perjuicio de la cuestión de la responsabilidad del contratista principal.

Los poderes adjudicadores, por decisión propia o a petición de un Estado miembro, podrán hacer extensivas a los subcontratistas de los subcontratistas del contratista principal o a los subcontratistas que ocupen un lugar más alejado dentro

³⁰¹ Barrio García: “Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de directiva en material de contratación pública”. Contratación pública estratégica, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 133-160.

³⁰² Art. 71.5. En el caso de los contratos de obras y respecto de los servicios que deban prestarse en una instalación bajo la supervisión directa del poder adjudicador, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando se inicie la ejecución de este, el poder adjudicador exigirá al contratista principal que le comunique el nombre, los datos de contacto y los representantes legales de los subcontratistas que intervengan en las obras o servicios en cuestión, siempre que se conozcan en ese momento. El poder adjudicador exigirá al contratista principal que le notifique cualquier modificación que sufra esta información durante el transcurso del contrato, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas a los que asocie ulteriormente a la obra o servicio en cuestión. No obstante lo dispuesto, los Estados miembros podrán imponer directamente al contratista principal la obligación de facilitar la información exigida.

Cuando sea necesario para los fines del apartado 6, letra b), del artículo 71, la información exigida irá acompañada de las declaraciones de los subcontratistas interesados, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 59. En las medidas de ejecución se podrá disponer que los subcontratistas que sean presentados con posterioridad a la adjudicación del contrato deban facilitar los certificados y demás documentos justificativos en lugar de su declaración de interesado.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

de la cadena de subcontratación, las obligaciones previstas para los subcontratistas para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral, mediante la adopción de las medidas adecuadas dentro de su ámbito de competencia y su mandato.

Las medidas oportunas para evitar el incumplimiento de estas obligaciones, pueden ser: a) que el Derecho nacional de un Estado miembro disponga de un mecanismo de responsabilidad conjunta entre los subcontratistas y el contratista principal, el Estado miembro en cuestión se asegurará de que las normas correspondientes se apliquen de conformidad con las condiciones establecidas y b) los poderes adjudicadores, por decisión propia o a petición de los Estados miembros, podrán comprobar si concurren motivos para excluir a algún subcontratista. En tales casos, el poder adjudicador exigirá que el operador económico sustituya al subcontratista que haya incurrido, según se desprenda de la comprobación, en causas de exclusión obligatoria. El poder adjudicador, por decisión propia o a petición de un Estado miembro, podrá exigir que el operador económico sustituya al subcontratista que haya incurrido, según se desprenda de la comprobación, en motivos de exclusión no obligatoria.

Las directivas y los problemas que la regulación de la subcontratación plantea a nuestro derecho, exigen de las Administraciones Públicas una posición mucho más comprometida al redactar los Pliegos de Cláusulas que regirán el contrato, perfilando el régimen jurídico de cada contrato que se celebre. Los pliegos son el instrumento donde deberá preverse la prohibición de la subcontratación, si ésta fuera la voluntad del órgano de contratación por considerarla la opción más conveniente al contrato público en cuestión cuando sea la más adecuada en aquellos supuestos en que por la naturaleza y condiciones del contrato se deduzca que ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario³⁰³. También deberán recoger el límite máximo de subcontratación, la obligación o no del contratista de expresar en su oferta qué parte de la prestación pretende subcontratar, así como la identificación del subcontratista o su perfil, o la imposición de una obligación de subcontratar, cuando el órgano de contratación quiera asegurar una cualificación específica para determinada parte de la prestación.

Se trata de cuestiones sobre las que el órgano de contratación tiene libertad de decisión discrecional, que no arbitraria y que deberán decidirse por aquél a la luz de las características y peculiaridades de cada contrato y, en particular, de su prestación. El hecho de que el legislador haya optado por dejar esta decisión discrecional en manos de los órganos de contratación se explica por la intensa conexión entre el contrato principal y el subcontrato privado, de manera que parece más adecuado dejar la regulación exhaustiva de la cuestión para su determinación

³⁰³ Marín Albarrán: “La subcontratación y la contratación pública”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

en los pliegos, antes que agotarla a nivel de Ley, con reglas de general aplicación que pudieran resultar acertadas o idóneas para determinados contratos, pero no para otros.

Nuestra normativa de contratación pública prevé la posibilidad de que el adjudicatario de un contrato subcontrate con terceros el cumplimiento de una parte del mismo³⁰⁴. Se permite la cesión parcial del objeto del contrato siempre que afecte a prestaciones que, constituyendo una unidad funcional independiente, sean susceptibles de ejecución y utilización separada, sin alterar la naturaleza e integridad del contrato inicialmente adjudicado y siempre que el cesionario reúna los requisitos de solvencia y medios exigidos para realizar las prestaciones cuya expectativa de ejecución se cede.

Que la Administración contratante goce de total discrecionalidad para prohibir la subcontratación parece contrario a la normativa europea, en todo caso no podrá suponer una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado³⁰⁵. En estos casos, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación

La subcontratación con terceros en los supuestos que las prestaciones deban ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o empresas con una clasificación adecuada para realizarlas no debe imponerse de modo automático y arbitrario, sino que ha de justificarse suficientemente y respetar los límites que se mencionan en el precepto³⁰⁶. En suma, debe extremarse la cautela a la hora de optar por esta posibilidad, pues como explica Sánchez Graells³⁰⁷ imponer un porcentaje de subcontratación obligatoria a

³⁰⁴ artículo 215.1 LCSP. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero.

³⁰⁵ Art. 215. 2.e) De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.

³⁰⁶ Art. 215.2.LCSP.

³⁰⁷ Sánchez Graells: “Reflexiones críticas en torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público”, en La contratación pública a debate: presente y futuro. 2014, págs. 275-298.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

los licitadores, mecanismo sustitutivo de la división del contrato en lotes, debe adoptarse de forma que no distorsione la competencia.

La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos³⁰⁸:

a) Si así se prevé en los pliegos, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización³⁰⁹.

b) En todo caso, el contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este, al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71.

El contratista principal deberá notificar por escrito al órgano de contratación cualquier modificación que sufra esta información durante la ejecución del contrato principal, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas.

En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia será suficiente para acreditar la aptitud del mismo.

La acreditación de la **aptitud** del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si esta es necesaria para

³⁰⁸ Art. 215.2.LCSP

³⁰⁹ Si los pliegos hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas, los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones, salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

Los subcontratos tendrán en todo caso naturaleza privada.³¹⁰ El contrato formalizado por contratista y subcontratista es un contrato propio o autónomo de aquél del que trae causa y, si bien tiene por objeto la realización material de parte del contrato base o matriz, el subcontrato no persigue efectuar la transferencia a un tercero de la relación contractual originaria, como puede ser el supuesto de cesión, sino hacer nacer una nueva relación que tiene identidad parcial en cuanto al objeto.

La Administración es ajena a la relación jurídica nacida del subcontrato, solo el contratista del contrato matriz mantiene una doble relación, como consecuencia de la dualidad de contratos existentes simultáneamente. En base a la falta de relación entre Administración y subcontratista parece excesivo que se le exija el cumplimiento de prácticamente todos los requisitos que necesita para ser contratista o adjudicatario del contrato.

En el subcontrato, frente a la cesión, no se produce la sustitución jurídica del contratista porque éste sigue siendo el mismo sino únicamente una sustitución material en la ejecución del contrato (parte de la ejecución del contrato según el ordenamiento jurídico español), en el sentido de que determinadas unidades serán materialmente ejecutadas por el subcontratista, sin perjuicio de la responsabilidad directa del contratista frente a la Administración. En el ordenamiento jurídico español se exige que dicha sustitución material sea sólo parcial, pues no se permite que el contratista subcontrate toda la ejecución del contrato.

En el contrato de concesión de servicios, la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias, resultándole de aplicación la regulación establecida en los artículos 215, 216 y 217 de la presente Ley³¹¹.

La circunstancia de que el contratista subcontrate con terceros no altera su posición frente a la Administración pues sigue siendo el titular de los derechos y obligaciones del contrato administrativo adjudicado ni supone que como consecuencia de dicha subcontratación la Administración entable a partir de entonces una relación jurídica nueva con los subcontratistas pues el subcontratista no suscribe negocio jurídico alguno con la Administración, de manera que no existe contrato que adjudicar por la Administración desde el prisma del respeto al principio de licitación pública. Por tanto, el contratista, al subcontratar, no cede su posición en el contrato administrativo, a la vez que no se ve alterado ninguno de los elementos de dicho contrato administrativo, sino que lo único que se produce es una mera sustitución material. A diferencia de la cesión de contrato, el tercero

³¹⁰ Art. 215.7 LCSP.

³¹¹ Artículo 296 LCSP.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

subcontratista no se subroga en la posición jurídica del contratista, que continuara siendo el responsable frente a la Administración de la correcta ejecución del objeto del contrato, incluidas las de aquellas prestaciones que hayan sido subcontratadas³¹².

La Directiva prevé que el poder adjudicador exigirá la sustitución del subcontratista que estuviera incurso en causa de exclusión obligatoria. Los poderes adjudicadores podrán comprobar si concurren motivos para excluir a algún subcontratista, en cuyo caso exigirán que el operador económico sustituya al subcontratista que haya incurrido, según se desprenda de la comprobación, en causas de exclusión. La subcontratación realizada con persona incurso en prohibición, debe ir seguida de que la Administración exija al contratista la inmediata sustitución y exclusión del subcontratista en la ejecución del contrato. Si el contratista no atiende a dicho requerimiento, la Administración debería prever esta circunstancia como posible causa de resolución contractual³¹³.

La existencia de motivos de exclusión obligatoria del subcontratista debe ser coherente con las disposiciones aplicables a los contratistas principales y debe ir seguida del requisito de que el contratista principal sustituya al subcontratista de que se trate. No obstante, los poderes adjudicadores pueden estar obligados a pedir la sustitución del subcontratista de que se trate cuando la exclusión del contratista principal sea obligatoria en dichos casos.

La intención de subcontratar debe ser en todo caso manifestada antes de su realización con los requisitos del art. 215.2.b LCSP. Tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de éste, el contratista deberá comunicar por escrito al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad (designación nominativa) acreditando su aptitud y solvencia para ejecutarla y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, justificando suficientemente la aptitud de éste.

³¹² Artículo 215. 4. LCSP. Los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral a que se refiere el artículo 201. El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 2 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal.

³¹³ Art. 215.5 LCSP. En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 71.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

El contratista principal tiene obligación de facilitar información para que el poder adjudicador tenga un adecuado conocimiento de la subcontratación en el curso de toda la ejecución del contrato. Para ello *es preciso velar por que haya cierta transparencia en la cadena de subcontratación, pues así se facilita a los poderes adjudicadores información sobre quién está presente en los lugares en que se realizan las obras. La obligación de facilitar la información necesaria incumbe en cualquier caso al contratista principal, tanto en función de cláusulas específicas que cada poder adjudicador debe incluir en todos los procedimientos de contratación como en función de obligaciones impuestas por los Estados miembros a los contratistas principales mediante disposiciones de aplicación general*³¹⁴.

El subcontratista habrá de poseer capacidad, solvencia y no encontrarse incurso en causa de prohibición,³¹⁵ justificando suficientemente su aptitud con referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. Se omite la exigencia de acreditación de solvencia económica, quizá porque a la Administración lo que le interesa del subcontratista es su aptitud técnica y no su capacidad para asumir el coste económico porque carece de relación con él. Es conveniente que el Pliego fije la forma de acreditar la **aptitud** o solvencia técnica del subcontratista. Si se exige habilitación para ejecutar la prestación en el Pliego, esta debe igualmente requerirse. En cuanto al importe de la prestación, conviene fijar referencias para evitar problemas posteriores.

El modo en que se ejecute el subcontrato afecta, directamente, al buen fin del contrato público principal y éste es el fundamento último en virtud del cual se ha ido admitiendo la intervención del Derecho Público en la regulación de ciertos aspectos relativos al subcontrato privado.

El art. 71 de la Directiva da un amplio margen de apreciación a los Estados miembros para configurar esta categoría. Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

La LCSP no fija un límite inicial del que no puede excederse en ningún caso de tal manera que ese límite porcentual constituya un límite máximo para el

³¹⁴ Considerando 105 de la Directiva: al permitir o exigir a los poderes adjudicadores que verifiquen que los subcontratistas no se encuentran en ninguna de las situaciones en las que se justificaría la exclusión de operadores económicos.

³¹⁵ Artículo 215.2. En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia será suficiente para acreditar la aptitud del mismo.

La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si esta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

contratista. El límite cuantitativo a la subcontratación pretende evitar que la ejecución de partes fundamentales de la prestación sean realizadas por un operador económico y evitar que, en realidad, se produzca una cesión del contrato al margen del procedimiento legalmente establecido a tal efecto, situación que se produciría si un subcontratista o varios realizaran todas las prestaciones de un determinado contrato público principal. Parece claro que no sería posible una subcontratación del 100 % puesto que este supuesto escondería, en realidad, una cesión de contrato. Pero de nada sirve fijar un límite legal si su comprobación en la práctica fuera imposible o altamente compleja.

El Pliego debería determinar qué efectos jurídicos tiene la falta de comunicación de la subcontratación y la falta de aptitud del subcontratista. Debe fijar la penalidad en el Pliego, señalar cuáles son obligaciones esenciales del contratista y prever la posible resolución contractual. La motivación de esta exigencia debería justificarse en el expediente³¹⁶.

La Ley 9/2017 dice que *“La infracción de las condiciones establecidas para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la **aptitud** del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe del subcontrato³¹⁷”*.

Aplicar al incumplimiento de la normativa de contratación pública sanciones jurídicas de invalidez con efectos directos sobre el subcontrato chocaría frontalmente con la estricta separación entre contrato público y subcontrato privado. La transposición pudiera ir en la línea de que el contratista principal deberá concluir un segundo contrato con un subcontratista que cumpliera los requisitos para contratar. No obstante, a pesar de la separación jurídica estricta entre contrato público y subcontrato privado, la realidad es que el segundo nace en relación con el primero, como consecuencia de su existencia y para realizar una prestación que es objeto de aquél.

En la regulación anterior se indicaba claramente y de forma expresa que la Administración era ajena a la relación contractual entre contratista y subcontratista, que la responsabilidad frente a la Administración correspondía de forma íntegra y exclusiva al contratista (arts. 115. 3 TRLCAP, 210.4 LCSP y 227.4 TRLCSP) y no

³¹⁶ La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización introduce el artículo 228 bis del TRLCSP, e incluye para el caso de incumplimiento de las obligaciones que se explicitan en este artículo consecuencias jurídicas y así dichas obligaciones tendrán la consideración de condición esencial de ejecución y su incumplimiento habilitará a la imposición de penalidades, entre otras consecuencias procedentes a las que habilita el art. 118 TRLCSP

³¹⁷ Artículo 215. 3 LCSP.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

había ninguna mención expresa a la figura de la acción directa. La nueva Ley 9/2017, en el punto 7 del art. 215, recoge que *los subcontratos tendrán en todo caso naturaleza privada*.

Se habilita la intervención material de control de la Administración en la ejecución del contrato privado, en lo que parece un paso relevante para admitir la conexión sustancial entre contrato público y subcontrato privado que, a su vez, parece difícil de compatibilizar con una tajante exclusión de la acción directa, que se ha extendido, incluso, a contratos privados.

Los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato. Es claro que el subcontratista no es parte del contrato principal.³¹⁸

El art. 71.3 de la Directiva habilita a los Estados miembros a prever que, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el operador económico al que se haya adjudicado el contrato público (el contratista principal). Destaca la incorporación de la posibilidad del pago directo a subcontratistas. La opción es de gran interés práctico y puede corregir ciertas debilidades, desde la perspectiva de morosidad, existentes en las relaciones actuales entre contratista principal y subcontratista.

Los Estados miembros podrán establecer en su Derecho nacional normas de responsabilidad más estrictas o disposiciones más amplias en materia de pagos directos a los subcontratistas, disponiendo, por ejemplo, el pago directo a los subcontratistas sin necesidad de que estos lo soliciten. Aunque se trata de una decisión potestativa para los Estados miembros, amplía la posibilidad de prever el pago directo a supuestos en los que el subcontratista no lo haya solicitado. El reconocimiento de este pago directo, implicaría el reconocimiento de la acción directa para obtenerlo y el reconocimiento de la facultad del ente contratante para dirigirse directamente al subcontratista para exigir el debido cumplimiento de su parte de la prestación. El pago directo deberá contemplarse en los pliegos junto con los mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los pagos indebidos. En cualquier caso el reconocimiento de una acción directa no afectará a la responsabilidad del contratista que deberá responder en todo caso del cumplimiento íntegro del contrato.

³¹⁸ En cualquier caso, en el supuesto de tramitarse expediente por reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta deberá dar audiencia al subcontratista cuya actividad sea la causante del daño para formular alegaciones sobre el procedimiento incoado.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La Ley 9/2017, de 8 noviembre de 2017 ha renunciado a incorporar esta posibilidad, es decir, se descarta la acción directa de los subcontratistas frente a la Administración³¹⁹.

La conveniencia de la acción directa del subcontratista frente a la Administración no es cuestión discutida y sus defensores lo fundamentan en que una acción como la regulada en el art. 1597 debería admitirse también entre subcontratista y Administración Pública para el buen fin y buena ejecución del subcontrato y el del contrato principal³²⁰.

El contratista está obligado a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en plazo y condiciones.³²¹ Los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre (RCL 2004, 2678), por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y se computarán desde la fecha en que tiene lugar la aceptación o verificación de los bienes o servicios por el contratista principal, siempre que el subcontratista o el suministrador hayan entregado la factura en los plazos legalmente establecidos.

La aceptación deberá efectuarse en un plazo máximo de treinta días desde la entrega de los bienes o la prestación del servicio. Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma. En el caso de que no se realizase en dicho plazo, se entenderá que se han aceptado los bienes o verificado de conformidad la prestación de los servicios. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales³²².

³¹⁹ Artículo 215. 8: Sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional quincuagésima primera los subcontratistas no tendrán acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos.

³²⁰ Francisco Blanco en «La subcontratación administrativa. Ejercicio de la acción directa del art. 1597 del CC»

³²¹ Art. 216 LCSP.

³²² Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 69 bis del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre (RCL 1992, 2834), sobre la remisión electrónica de los registros de facturación, los subcontratistas que se encuentren en los supuestos establecidos en el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre (RCL 2013, 1863), de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del sector público, deberán utilizar en su relación con el contratista principal la factura electrónica, cuando el importe de la misma supere los 5.000 euros, que deberán presentar al contratista principal a través del Registro a que se refiere el apartado 3 de la disposición adicional trigésima segunda, a partir de la fecha prevista en dicha disposición.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Los subcontratistas no podrán renunciar válidamente, antes o después de su adquisición, a los derechos que tengan reconocidos por este artículo, sin que sea de aplicación a este respecto el artículo 1110 del Código Civil (LEG 1889, 27) .

Las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes podrán comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos. En tal caso, los contratistas adjudicatarios remitirán al ente público contratante, cuando este lo solicite, relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores que participen en el contrato cuando se perfeccione su participación, junto con aquellas condiciones de subcontratación o suministro de cada uno de ellos que guarden una relación directa con el plazo de pago. Asimismo, deberán aportar a solicitud del ente público contratante justificante de cumplimiento de los pagos a aquellos una vez terminada la prestación dentro de los plazos de pago legalmente establecidos en el artículo 216 y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre (RCL 2004, 2678) , por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en lo que le sea de aplicación. Estas obligaciones, que en todo caso se incluirán en los anuncios de licitación y en los correspondientes pliegos de condiciones o en los contratos, se consideran condiciones especiales de ejecución, cuyo incumplimiento, además de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, permitirá la imposición de las penalidades que a tal efecto se contengan en los pliegos, respondiendo la garantía definitiva de las penalidades que se impongan por este motivo.³²³

Pero aunque faculta al órgano de contratación para comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos, condiciona la atribución de esta facultad a que así lo hubieran previsto los pliegos o el documento descriptivo³²⁴.

En supuestos distintos de los anteriores, será facultativo para los subcontratistas la utilización de la factura electrónica y su presentación en el Registro referido en el apartado 3 de la disposición adicional trigésima segunda.

La cuantía de 5.000 euros se podrá modificar mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública.

³²³ Artículo 21.1 y 27 LCSP

³²⁴ El art. 215 regula la comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores en línea con el art. 228 bis del TRLCSP introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, con el fin de luchar contra la morosidad, permitiendo un mayor control por parte de las Administraciones públicas de los pagos que los adjudicatarios deben hacer a los subcontratistas. Facultad a favor del órgano de contratación que debería tener “en todo caso” y no solamente cuando así esté contemplado en la documentación contractual

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Las actuaciones de comprobación y de imposición de penalidades por incumplimiento, serán obligatorias para las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes, en los contratos de obras y en los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 5 millones de euros y en los que el importe de la subcontratación sea igual o superior al 30 por ciento del precio del contrato, en relación a los pagos a subcontratistas que hayan asumido contractualmente con el contratista principal el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra³²⁵.

Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 216 y 217 y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 215, el órgano de contratación podrá prever en los pliegos de cláusulas administrativas, se realicen pagos directos a los subcontratistas. El subcontratista que cuente con la conformidad para percibir pagos directos podrá ceder sus derechos de cobro conforme a lo previsto en el artículo 200. Los pagos efectuados a favor del subcontratista se entenderán realizados por cuenta del contratista principal, manteniendo en relación con la Administración contratante la misma naturaleza de abonos a buena cuenta que la de las certificaciones de obra. En ningún caso será imputable a la Administración el retraso en el pago derivado de la falta de conformidad del contratista principal a la factura presentada por el subcontratista³²⁶.

Los plazos de pago fijados en el subcontrato no podrán ser más desfavorables que los aplicables a la relación contractual existente entre Administración y contratista principal, fijando además, plazos máximos para la aprobación o conformidad de la factura emitida por el subcontratista así como obligando a motivar la disconformidad, si éste fuera el caso. Se incluye expresamente, la obligación del contratista principal de abonar, efectivamente, las facturas en plazo, imponiendo, en caso contrario, el devengo de intereses de demora previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

Las obligaciones formales se consideran condiciones esenciales de ejecución. En este sentido la Junta de Contratación Administrativa de Aragón, en su Recomendación 2/2013, de 25 de noviembre, relativa a los criterios de aplicación

³²⁵ Artículo 217.2 LCSP. Mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública, a propuesta de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, podrá ampliarse el ámbito de los contratos en los que estas actuaciones de comprobación e imposición de penalidades previstas en el apartado 1 sean obligatorias.

³²⁶ Disposición adicional quincuagésima primera. Pagos directos a los subcontratistas.

Se autoriza al Ministro de Hacienda y Función Pública para desarrollar, en el ámbito del sector público estatal, las previsiones contenidas en los apartados anteriores relativas a las características de la documentación que debe aportarse, el régimen de notificaciones, y el de certificaciones, operativa contable y facturación.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

de las normas vigentes en materia de subcontratación entiende que la calificación de condición especial de ejecución se extiende a la obligación de pago en plazo a los subcontratistas. La Junta indica que aun cuando el legislador ha utilizado la terminología «condición esencial de ejecución», no idéntica a la consolidada «condición especial de ejecución», pero que puede entenderse como termino equivalente siempre que se haya incorporado como tal a los pliegos o anuncios de licitación. De modo que si los órganos de contratación así lo establecen, las obligaciones de pago del contratista al subcontratista podrán tener la calificación de condición especial de ejecución, con las consecuencias legalmente previstas para ello, es decir, constituir su incumplimiento causa de resolución del contrato y además puede dar lugar a la imposición de penalidades».

III.4.- LA SUBCONTRATACIÓN Y LA INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA CON MEDIOS DE TERCEROS

Junto a la subcontratación, existen nuevas figuras con caracteres que pueden ser confundidas con aquella, como es el caso de la integración de la solvencia con medios de terceros, figuras que siendo cercanas no son idénticas y, por tanto, no pueden tener el mismo tratamiento jurídico.

¿La integración de la solvencia con medios de terceros puede ser total o es necesario, en todo caso, que el licitador tenga una solvencia mínima?.

En caso de admitir la integración total de la solvencia mediante la subcontratación se estaría fomentando una situación de subcontratación por encima del límite legal en fase de ejecución y pone de manifiesto que el contratista no tiene por sí mismo la solvencia mínima para atender a parte de la prestación, situación que es difícil de admitir jurídicamente.

La subcontratación basada en acuerdos previos opera de forma similar a la integración de la solvencia por medio de terceros. Ambas figuras, subcontratación e integración de la solvencia por medio de terceros, favorecen la participación material de varias empresas en la ejecución de los contratos y aunque a veces se utilice la subcontratación para conseguir objetivos impropios no por ello se debe limitar su utilización que es muy ventajosa para ciertos contratos.

La Junta de Aragón en su Recomendación 2/2013 por un lado señala que no debe confundirse la subcontratación en la ejecución con el supuesto de integración de solvencia por medios externos donde la relación del contratista con los medios externos puede ser de toda índole, incluida la subcontratación. Esos medios o terceros aportados completan la solvencia del contratista, de modo que necesariamente deberán formar parte del contrato. Por tanto entendemos que aquí sí que el tercero se incorpora con el contratista en la relación con la Administración, respondiendo directamente frente a ésta de la ejecución del contrato en la parte comprometida. Este criterio de la Junta es totalmente novedoso y parece que la

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

subcontratación anunciada en fase de solvencia sí implicaría una inclusión del subcontratista en el contrato principal y una relación directa entre poder adjudicador y subcontratista en relación con la parte de la prestación subcontratada.

El art. 75 LCSP establece que para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios³²⁷.

³²⁷ Artículo 75 LCSP. Integración de la solvencia con medios externos

1. Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.

En las mismas condiciones, los empresarios que concurran agrupados en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal.

No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el artículo 90.1.e), o a la experiencia profesional pertinente, las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades.

2. Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades.

El compromiso a que se refiere el párrafo anterior se presentará por el licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, previo requerimiento cumplimentado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 150, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 140.

3. Cuando una empresa recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir formas de responsabilidad conjunta entre aquella entidad y las otras en la ejecución del contrato, incluso con carácter solidario.

4. En el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios, o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el correspondiente pliego con indicación de los trabajos a los que se refiera.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La integración de la solvencia de un licitador con medios de terceros llegó a la normativa interna de contratación pública como consecuencia de las previsiones incluidas en la Directiva³²⁸, así como de los pronunciamientos del TJUE.

Cuando un operador económico recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia, el poder adjudicador podrá exigir que el operador económico y dichas entidades sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato.

En las mismas condiciones, las agrupaciones de operadores económicos podrán recurrir a las capacidades de los participantes en la agrupación o de otras entidades. En el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios o las operaciones de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas tareas críticas sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una agrupación de operadores económicos, por un participante en esa agrupación.

Tanto a la luz del texto de la Directiva, como de la redacción de la LCSP, puede concluirse que la regulación de esta figura pone el énfasis en que el objeto de la integración, es decir, lo que el tercero pone a disposición del licitador son medios necesarios para la realización de la prestación (ya sean estos personales, materiales, técnicos, económicos, etc.). Esta puesta a disposición de medios puede articularse de cualquier forma, a través de cualquier relación o vínculo jurídico, siempre y

³²⁸ Artículo 63 Recurso a las capacidades de otras entidades

1. Con respecto a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera establecidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58, apartado 3, y a los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional establecidos de conformidad con el artículo 58, apartado 4, un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el anexo XII, parte II, letra f), o a la experiencia profesional pertinente, los operadores económicos únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades. Cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto.

El poder adjudicador comprobará, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59, 60 y 61, si las entidades a cuya capacidad tiene intención de recurrir el operador económico cumplen los criterios de selección pertinentes y si existen motivos de exclusión con arreglo al artículo 57. El poder adjudicador exigirá al operador económico que sustituya a una entidad si esta no cumple alguno de los criterios de selección pertinentes o si se le aplica algún motivo de exclusión obligatoria. El poder adjudicador podrá exigir o el Estado miembro podrá exigir a este que requiera al operador económico que sustituya a una entidad que haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

cuando esta articulación asegure la disponibilidad de los medios durante toda la ejecución del contrato. De los anteriores elementos se concluye que quien, material y efectivamente, va a realizar la prestación es el contratista que, a tal fin, va a hacer uso de medios de un tercero.

La subcontratación será una de las formas a través de las cuales un licitador pueda integrar su solvencia con medios de terceros. Sin embargo ambas figuras no pueden confundirse porque sus contornos jurídicos son distintos. En el caso de la subcontratación no se trata de una mera puesta a disposición de medios, sino de la asunción de una obligación de realización efectiva de la prestación por parte del subcontratista, con sus medios que, solo en este sentido, están a disposición del contratista principal.

**TERCERA PARTE -
PRESTACIONES REALIZADAS AL
SECTOR PÚBLICO SIN
CONTRAPRESTACIÓN Y SUS
CONSECUENCIAS**

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

INTRODUCCIÓN

Como decíamos al principio de este trabajo, con frecuencia al cajero pagador, depositario de fondos públicos, le presentan facturas emitidas por comunidades de bienes (CB) que han realizado un servicio o entregado bienes a entes, organismos o entidades del sector público del que forma parte. Este funcionario recibe la factura en donde consta el nombre de la empresa seguido de la abreviatura “CB” y su CIF que comienza con la letra “E”. La compra o servicio ya ha sido realizado y recibido satisfactoriamente por la Administración. La factura que se presenta al cajero pagador para su abono es conformada mediante la firma del órgano de su Administración que tiene atribuida esa competencia expresamente por la normativa correspondiente, como puede ser el Director o el Jefe del Servicio, identificando su nombre y cargo. Se genera una obligación para la Administración y un derecho a favor del contratista.

Hasta la recepción de la factura nada hace sospechar que la empresa CB que ha realizado la prestación no tenga capacidad para poder contratar con la Administración pues está realizando sus servicios con toda normalidad en el mercado, son empresas legalmente constituidas y bastante numerosas sobre todo entre las pequeñas y medianas empresas (PYME).

El empleado público que realiza la comisión de servicios contrata con una empresa que está ejerciendo una actividad económica, como dice el Código de Comercio, de forma habitual o profesional y con apariencia jurídica o, en términos de la Directiva de contratación, se trate de un operador económico lo suficientemente cualificado para realizar esa actividad económica o profesional.

El problema para el cajero pagador está en cómo hacer frente a ese gasto ya realizado por una empresa-CB y sabe que si sigue adelante en la tramitación del gasto va a recibir un informe negativo o reparo de la Intervención General que le dirá: *“según el art. 65 de la LCSP, solo podrán contratar con el Sector Público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar.... Por tanto, las comunidades de bienes, como tales, no pueden contratar con la Administración Pública, por carecer de capacidad de obrar y de personalidad jurídica distinta de la de los comuneros (artículo 392 y siguientes del Código Civil).* El cajero no la puede pagar aunque la prestación ha sido realizada e incluso recepcionada de conformidad. La CB si quiere cobrar la prestación encargada y realizado tendrá que acudir a la vía judicial.

¿Cuál es el cauce procedimental para reclamar el pago de una factura derivada de un contrato administrativo que ha sido anulado o no existe, pese a haber sido realizada la prestación por la empresa-CB? .

Cuando se presenten facturas por empresarios o profesionales que, actuando de buena fe y con confianza legítima, ejecutaron prestaciones solicitadas por la Administración de forma irregular, se deben abonar, sin obligar al acreedor de la

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Administración a ejercitar sus pretensiones ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues en caso contrario se estaría produciendo un enriquecimiento injusto de ésta a costa del particular. El procedimiento a seguir para la regularización de estas facturas no puede ser decidido discrecionalmente por la Administración, ni siquiera en virtud del principio de economía procesal, sino que debe seguir los cauces previstos en la normativa administrativa y de contratación.

El órgano gestor, que recibe de conformidad las prestaciones, busca un remedio jurídico para estas situaciones de irregularidad que le permita atender el pago, pues las prestaciones ejecutadas han de ser compensadas o restituidas sino se estaría produciendo un enriquecimiento injusto o sin causa de la Administración contratante, prohibido por el ordenamiento jurídico, en especial cuando nos encontramos ante un tercero de buena fe que ha actuado en base al principio de confianza legítima.

El procedimiento a seguir para hacer efectivos los pagos o compensaciones a que pudiera haber lugar no puede ser el mismo que si se hubiera tramitado un procedimiento de contratación regular pero tampoco puede negársele el pago o compensación al acreedor de la Administración, compeliéndole a reclamar en vía jurisdiccional lo que debería reconocérsele en vía administrativa.

La normativa presupuestaria y administrativa prevé, para estos casos, dos posibles soluciones: la subsanación de los defectos de los que adolezca el acto o expediente mediante su convalidación, o acudir a la vía de la revisión de oficio anulando o declarando la nulidad del acto viciado. En este último caso habrá que acudir a la *actio in rem verso* para evitar que se produzca un enriquecimiento injusto de la Administración. En cualquier caso, ya se acuda a la vía de la convalidación, ya se proceda a revisar de oficio el acto, la solución jurídica adoptada no excluye la exigencia de las eventuales responsabilidades en las que hubiera podido incurrir el funcionario o autoridad que tramitó irregularmente la contratación³²⁹.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo aboga por la procedencia del pago por la Administración en los casos de enriquecimiento sin causa derivado de la ausencia o nulidad del contrato administrativo en todas las ocasiones en las que ha tratado la cuestión. La ausencia de expediente de contratación o la falta de formalización del contrato no son causas suficientes para que la Administración no deba pagar a sus proveedores y si la Administración ha encargado la obra, servicio o suministro y se ha beneficiado con ello, deberá pagarlo.

La contratación con las Comunidades de Bienes es en los contratos de escasa cuantía donde más problemas presenta, porque se identifican como tal

³²⁹ José Ignacio Valero Escribano. “La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares”, pp. 149-179.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

cuando la prestación ya ha sido realizada, pues la tramitación del expediente solo exige la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que reglamentariamente se establezcan.

La Intervención y los servicios jurídicos de las Administraciones Pública advierten hoy más que nunca que no se deben realizar contratos con estas entidades, pero la existencia de CB está plenamente reconocida tanto socialmente como jurisprudencialmente como empresas que realizan una actividad empresarial, con sus peculiaridades como cualquier otra sociedad.

El tercero de buena fe que contrata con la Administración y cumple las obligaciones a su cargo no puede verse perjudicado patrimonialmente a la vez que se produce un correlativo aumento patrimonial en la Administración contratante, en sentido amplio, como consecuencia de que esta última ha tramitado irregularmente un procedimiento de contratación y no puede proceder al pago ordinario de las prestaciones realizadas.

Producida una contratación que se encuentra viciada de nulidad, no procede tramitar un expediente administrativo de contratación con la exclusiva finalidad de adjudicar unas obras ya realizadas a la misma empresa que las efectuó, por lo que puede afirmarse que de existir claros e inequívocos antecedentes de la prestación realizada y de los vicios en que ha incurrido la Administración, ésta debe, como primer paso, proceder a su reconocimiento y posterior abono en aplicación del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto, teniendo al mismo como fuente de la obligación de pago.

La esencia del enriquecimiento sin causa no es una simple regla moral o principio general del derecho, no recae todo el concepto sobre la moralidad y la ética, o lo que entendemos por justo e injusto. Es adecuado plasmar el enriquecimiento sin causa como un principio general del derecho, pero siempre y cuando sea concretizado en una acción positiva. Se hace necesario llevar el principio moral o ético al ámbito jurídico.

La declaración de invalidez del contrato produce como consecuencia la restitución de las prestaciones efectuadas por las partes. Sin embargo, con la aplicación de la acción de enriquecimiento sin causa se permite llegar a una solución más cercana a la justicia material y, por tanto, más adecuada que la restitución de la invalidez del contrato. Se busca proteger a quien haya realizado correctamente la prestación para que las consecuencias de la invalidez del contrato no le generen perjuicios sino que se salvaguarden sus intereses, consiguiendo con ello una situación similar a la que se produciría si se conservaran los efectos del anulado contrato, como si se tratase de un contrato válido, o al menos moderar la destrucción retroactiva de los efectos del contrato inválido. Pues en estas “situaciones de hecho”, donde no se llegó al perfeccionamiento de un contrato, la

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Entidad ejecuta las posibles prestaciones bajo la confianza y creencia de la celebración de un contrato válido.

En todo caso, cuando el contrato no es el origen de la obligación que da lugar al abono del precio de la prestación, es preciso buscar fuera del mismo la fuente que la origina, habiéndose propuesto como posibles los cuasicontratos, la responsabilidad patrimonial de la Administración y, en último término, el enriquecimiento injusto, fuentes alternativas más conformes con el origen de la obligación que con un irregular o nulo contrato administrativo³³⁰.

CAPÍTULO PRIMERO.- LA NECESARIA FORMALIZACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

El procedimiento administrativo es garantía de los derechos de los ciudadanos en su relación con la Administración y del acierto y oportunidad en la adopción de las resoluciones de ésta. El principio formalista en la actividad contractual de las Administraciones Públicas, para la selección del contratista, el desarrollo de un procedimiento administrativo predeterminado o la plasmación de sus actos a través de los documentos en que se pone de manifiesto dicha actividad, pretende dar plena efectividad a estas garantías.

La utilización de un procedimiento de adjudicación inadecuado puede dar lugar a la existencia de la causa de nulidad de pleno derecho por no ser el legalmente establecido. De conformidad con el artículo 131 de la LCSP, la adjudicación se realizará utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento. En los supuestos del artículo 168 podrá seguirse el procedimiento negociado sin publicidad, en los casos previstos en el artículo 167 podrá recurrirse al diálogo competitivo o a la licitación con negociación, y en los indicados en el artículo 177 podrá emplearse el procedimiento de asociación para la innovación. Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118.

Se prohíbe de forma expresa la contratación verbal (artículo 37 de la LCSP), salvo tramitación de emergencia, que se reserva para supuestos límite (acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o

³³⁰ “Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local” de Jose Luis de Vicente González, donde se recoge que la contratación de las Administraciones Públicas se realiza a través de procedimientos formales; no obstante, puede observarse la aparición de reclamaciones dirigidas a éstas con base en prestaciones realizadas al margen, o en contra, de la actividad contractual. La fuente de estas obligaciones se ha venido a situar en la existencia de un enriquecimiento injusto de la Administración, la cual se configura como una fuente de obligación autónoma.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

necesidades que afecten a la defensa nacional). En los contratos menores la tramitación del expediente requiere únicamente, con carácter general, la aprobación previa del gasto y la incorporación de la factura pero no requieren, necesariamente, el uso de la forma escrita. Fuera de estos casos, la tramitación del expediente de contratación ha de seguir el procedimiento administrativo específico regulado en la ley y formalizarse el contrato por escrito en documento administrativo. En este sentido, la realización de las prestaciones sin la existencia de un contrato escrito, fuera de los supuestos establecidos en la LCSP, da lugar a que el expediente se encuentre incurso en el supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP)³³¹.

Por tanto, las Administraciones Públicas deben formalizar los contratos que celebren en documento administrativo, con excepción de los contratos menores que podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, en estos casos la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que reglamentariamente se establezcan. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran y solicitarse el informe de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

La inobservancia de la forma escrita no implica la ausencia de un auténtico contrato entre la Administración y el tercero desde el momento en el que concurren consentimiento, objeto y causa, con independencia de la validez y eficacia de dicho acto administrativo. Nuestra jurisprudencia ha señalado que «la forma, por muy importante que sea, no constituye en sí misma un fin, sino que es un instrumento de control de la actividad administrativa establecido en previsión de que sean satisfechas las exigencias concretas de los objetivos que dicha actividad persigue en la realización de los intereses colectivos, que le está encomendada a la Administración actuante y por ello, la consecuencia anulativa que por regla general puede derivarse del incumplimiento de las formalidades impuestas a la contratación administrativa debe evitarse en aquellos supuestos en que la infracción formal es meramente ritual por aparecer acreditada en el expediente, de manera notoria e

³³¹ Ley 9/2017, de 8 noviembre de 2017. Artículo 36. 1. Los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los contratos menores y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, se perfeccionan con su formalización.

Artículo 37.1. Las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia. 2. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 153, sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores en el artículo 118.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

incuestionable, que la específica finalidad de la forma incumplida ha sido realmente satisfecha»³³². Incluso cuando nos encontremos ante actuaciones administrativas nulas de pleno derecho, sobre las que no es posible fundamentar obligaciones, los tribunales han venido a señalar que cuando tales prestaciones se han efectuado a favor de la Administración, *de no ser pagadas se produciría un enriquecimiento injusto, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla*³³³. Por tanto, la omisión de las formalidades necesarias para la contratación administrativa no permite a la Administración oponer una pretendida inexistencia de contrato cuando ha recibido la prestación. Por el contrario, los defectos formales en la contratación deben ceder ante las exigencias del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa y por ello la Administración beneficiada con el bien o servicio, debe abonar el precio de lo recibido³³⁴.

Con la Ley de Contratos del Estado, la forma escrita, aunque obligatoria, no tenía efectos constitutivos pues el contrato se perfeccionaba con la adjudicación definitiva no con la formalización y desde ese mismo momento existía y obligaba como tal; por tanto, la falta de formalización no afectaba a la existencia o a la validez, permitiendo exclusivamente proceder a su resolución con incautación de la

³³² STS de 20 de diciembre de 1995 (Aranzadi RJ 1995\8989).

³³³ STS de 24 de julio de 1992 (Aranzadi RJ 1992\6590).

³³⁴ Sentencia 939/2014, de 7 de mayo, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León: El Señor X acometió el encargo presupuestado y sellado por la Alcaldía del Ayuntamiento, consistente en la ejecución artística de una bola del mundo ornamental en acero de un diámetro de seis metros. Ejecutada la obra y requerido su pago, el Ayuntamiento opuso la inexistencia de contrato, y dictó resolución desestimatoria de la reclamación de cantidad por incumplimiento del contrato efectuada por el recurrente; resolución frente a la que éste interpuso recurso contencioso administrativo. Señala el Tribunal Superior de Justicia en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia referida que la celebración de un contrato administrativo, de Derecho Público, requiere de los trámites y las formalidades a que se hace referencia en la normativa aplicable al presente procedimiento que no es otra que la Ley 30/2007 de 30 de octubre, y que la omisión de los mismos conlleva la nulidad de pleno derecho, sin perjuicio de las indemnizaciones que pueden corresponder a quien realizó determinadas prestaciones a favor de la Administración Pública, sea por vía de responsabilidad patrimonial, sea por la de la doctrina del enriquecimiento injusto. Entiende el TSJCL que no es un hecho controvertido que la obra artística consistente en una bola del mundo de acero de amplias dimensiones fue encargada por el Ayuntamiento, aun cuando únicamente existía un presupuesto de la misma, y ha sido efectivamente ejecutada, estando pendiente sólo su instalación. El Tribunal considera que ha existido un encargo por parte de la Administración, al menos tácito, que se infiere de la constancia de un sello del Ayuntamiento y de la firma de la entonces Alcaldesa, que la obra se encuentra plenamente ejecutada y que se encuentra a disposición del Ayuntamiento, lo que permite convalidar la falta de entrega efectiva que no pudo efectuarse por ser de competencia exclusiva de la autoridad administrativa por situarse la zona prevista de ubicación de la obra en una vía pública, todo lo que lleva a la obligación del Ayuntamiento de abonar la obra ejecutada en aplicación del principio de prohibición de enriquecimiento injusto de la Administración. El Tribunal acoge el recurso y con él la reclamación de cantidad por incumplimiento de contrato, condenando al Ayuntamiento a indemnizar al autor de la obra con el valor de la misma que resultó acreditada mediante informe pericial.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

fianza.³³⁵ Actualmente los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización (art. 36.1 LCSP), a excepción de los menores, los basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición.

En los contratos nulos por encontrarse viciados los actos preparatorios no puede hacerse recaer sobre el contratista los perjuicios derivados de las actuaciones incorrectas ejecutadas por la Administración, ni la carencia de contrato ni las modificaciones de contrato válidamente celebrado o la falta de concurrencia de los requisitos formales y materiales más indispensables.

En conclusión, la inobservancia de los requisitos formales por la Administración en el procedimiento para la selección del contratista no puede acarrear la ineficacia del mismo pues a ello se oponen, como obstáculos insalvables, los principios generales que se derivan de los artículos 1288 y 1302 del Código Civil, el de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, así como la teoría del enriquecimiento injusto.³³⁶

CAPÍTULO SEGUNDO.- REQUERIMIENTO DE PAGO POR LA REALIZACIÓN DE PRESTACIONES SIN CONTRATO

Los requerimientos de pago a las Administraciones Públicas por la ejecución de concretas prestaciones no recogidas en los documentos contractuales pero ordenadas por la Administración o por persona sin capacidad para vincularla, no son escasos. Las prestaciones cuyo pago se requiere pueden provenir de diversas situaciones, como la falta de contrato, un contrato nulo o de un contrato válidamente celebrado pero cuyas prestaciones exceden de las contratadas. Es decir, el contrato no surge por existir un incumplimiento sustancial o total de los requisitos formales y materiales exigibles en cuanto al procedimiento a seguir para la selección del contratista, o por ser adjudicado por persona sin capacidad para vincular a la Administración, pero en todo caso se han efectuado determinadas prestaciones que se han integrado en el patrimonio de la entidad a la que se reclama el abono de la obra o servicio realizado. El contrato se encuentra viciado de nulidad porque existe un incumplimiento de los requisitos esenciales establecidos en las normas reguladoras de la actuación administrativa o por la inexistencia de requisitos presupuestarios que permitan o habiliten su concertación, pero la prestación, en parte o en su totalidad, se ha realizado.

³³⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: Curso de Derecho Administrativo, 4.ª ed., Madrid, Civitas, 1986, pág. 658.

³³⁶ STS de 30 de septiembre de 1999 (Aranzadi RJ 1999\8331) y STS de 16 de noviembre de 1996 (Aranzadi RJ 1996\8219).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Hay dos supuestos fundamentales en donde se dan con más frecuencia estas situaciones y, por tanto, la jurisprudencia es más numerosa resolviendo:

1.-Cuando la ejecución de las prestaciones se ha realizado antes de que se declare la anulación del contrato. En los casos en que el contrato se ha ejecutado total o parcialmente por una o por las dos partes, el ordenamiento tiende a aniquilar todos los efectos producidos para volver a la situación anterior como si el contrato nunca hubiera existido. El contrato entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuera posible se devolverá su valor.

Partiendo de que las prestaciones realizadas por el contratista no pueden ser restituidas por la Administración, la jurisprudencia ha resuelto esta situación acudiendo a la prohibición de enriquecimiento injusto y condena a la Administración a restituir el enriquecimiento obtenido con la realización de la prestación y, con ello, se suaviza la idea de la aniquilación total de los efectos de los contratos administrativos nulos o anulables.

En muchos supuestos el enriquecimiento injusto se utiliza de otra forma, aunque con la misma finalidad, se invoca para justificar que no se entienda nulo el contrato y que produzca efectos, sobre todo el efecto de mantener la obligación contractual de pago de la Administración. Es decir, para que no se produzca un enriquecimiento injusto se mantiene la validez y eficacia de un contrato afectado de vicios de nulidad³³⁷. De hecho, en muchos casos el contratista lo que ejerce es una acción exigiendo el cumplimiento del contrato por parte de la Administración y si ésta alega la nulidad del contrato, los tribunales se ven obligados a condenar a la Administración al pago, pero no en virtud del contrato considerado nulo, sino en virtud de su enriquecimiento. Es una utilización impropia del enriquecimiento injusto que hace surgir una obligación específica distinta de la contractual y no debe servir para mantener la validez de un contrato y de la obligación nacida de él, siendo más oportuno, en estos casos, utilizar el artículo 110 de la LPACAP³³⁸ y la idea de equidad como límite a las anulaciones.

No hay razón para exigir que, antes de aplicar el enriquecimiento injusto se deba declarar formalmente la nulidad del contrato ni imponer que la Administración haya revisado previamente de oficio el contrato o impugnado por lesivo. La mayoría de sentencias del TS no tienen inconveniente en condenar a la Administración al pago como restitución del enriquecimiento injusto obtenido

³³⁷ Ejemplo claro de ello hay en la STS de 26 de marzo de 1999 (Aranzadi 1842), donde se trata de “evitar la consecuencia anulativa” para que no se produzca un enriquecimiento injusto.

³³⁸ Artículo 110. Límites de la revisión. Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

aunque no se haya declarado formalmente la nulidad del contrato³³⁹. Otra posibilidad es que alguien pide la nulidad de un contrato y que se devuelvan las cantidades pagadas, en cuyo caso el Tribunal Supremo podría acordar la nulidad pero no la devolución de las cantidades pagadas por varias razones, entre otras, que ello ocasionaría un enriquecimiento injusto.³⁴⁰

El contenido de la obligación de restitución del enriquecimiento no tiene que ser idéntico al que habría nacido del contrato porque pueden darse casos de enriquecimientos administrativos excluidos o exceptuados de la obligación restitutoria (por ejemplo, contrato ejecutado pero nulo por ser el contratista el hijo del alcalde).

2.- Cuando las prestaciones realizadas por el contratista son superiores a las que estaba obligado. Cuando se realizan obras, unidades de obras u obras complementarias que no estaban comprendidas en el proyecto que sirvió de base al contrato administrativo se están llevando a cabo modificaciones de dicho proyecto, y no todas las prestaciones superiores a las pactadas dan derecho al contratista a exigir la restitución del enriquecimiento administrativo. Es necesario para que tal derecho surja que el contratista haya realizado las prestaciones adicionales siguiendo alguna orden o indicación de la Administración³⁴¹.

³³⁹ STS de 30 de septiembre de 1999(Aranzadi 8331): El Ayuntamiento de Aguilar de la Frontera (Córdoba) acordó reconocer unas deudas en favor de quienes, a lo largo de varios años, habían realizado ciertas obras en favor del municipio en virtud de contratos nulos (por realizarse sin expediente ni procedimiento de selección de ningún tipo por órgano incompetente y sin consignación presupuestaria). El Abogado del Estado recurrió el acuerdo por entender que, siendo nulos los contratos, no cabía acordar pagar su precio. Pero la sentencia dice que en ningún momento se ha establecido que las deudas tengan su origen en los contratos sino “directamente en el hecho por nadie negado de que las obras a las que se refieren los reconocimientos (de las deudas) han sido efectivamente realizadas, por lo que si no fueran satisfechas por el Ayuntamiento se produciría un enriquecimiento injusto”.

STS de 20 de diciembre de 1995 (Aranzadi 8989), sobre el pago a un arquitecto de trabajos realizados en favor del Ayuntamiento en virtud de un contrato que pudiera ser nulo y contra el que, de hecho, el Ayuntamiento estaba tramitando su revisión de oficio. Según la sentencia, el Ayuntamiento debe pagar “al margen de la solución final que pudiera darse a la acción revisora de oficio (previo informe del Consejo de Estado) que el Ayuntamiento ha incoado tras advertir vicios formales [...] pues, sea cual sea la decisión final del proceso revisor, las actividades efectivamente encargadas y de hecho realizadas por el arquitecto contratado [...] deben serle remuneradas”.

³⁴⁰ STS de 23 de abril de 1996 (Aranzadi 5473):

³⁴¹ Entre otras, la STS de 28 de mayo de 1996 (Aranzadi 4203), según la cual los defectos procedimentales en la tramitación de las modificaciones “no pueden constituir obstáculo para el abono del importe de las obras realizadas (vía enriquecimiento injusto) siempre que éstas fueran ordenadas o contratadas por personas que tuvieran apariencia efectiva de potestad”. Si hay ejercicio inválido del ius variandi, aunque sólo sea una apariencia de tal o alguna indicación de la Administración, la jurisprudencia reconoce el derecho del contratista al abono de sus prestaciones fundándolo en el enriquecimiento injusto, siendo indiferente que la prestación (normalmente exceso

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La potestad de modificar unilateralmente el objeto de un contrato por interés público o *ius variandi* es una de las prerrogativas más importantes de las que goza una Administración Pública en materia de contratación y una de las principales diferencias con los contratos civiles, donde la regla general es la inmutabilidad del contrato³⁴².

La Ley permite la modificación de los contratos (art. 203 a 207 LCSP), pero solo de tal manera que no se produzca un fraude en la licitación. La modificación del objeto del contrato solo podrá realizarse en los supuestos y con el límite cuantitativo previsto en los pliegos o en los supuestos excepcionales y tasados establecidos en el artículo 205 de la LCSP (modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales)³⁴³. Por tanto, la modificación del contrato sin tramitación administrativa alguna da lugar a que dicho modificado se encuentre incurso en el supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en la LPACAP, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

La STS de 15 de junio de 1999 (Aranzadi RJ 1999\6449) afirma que «*el principio de inalterabilidad de los contratos no puede llevarse hasta el extremo de que se produzca un enriquecimiento injusto en perjuicio del contratista, como reconoce sobre esta materia la Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1985 (RJ 1985\3228)*». Pero si el objeto de los contratos públicos pudiera ser libremente modificado, los requisitos de publicidad y concurrencia exigidos para su adjudicación quedarían totalmente desvirtuados y podría haber un objeto distinto que implicara una publicidad, procedimiento o exigencia de solvencia en la licitación diferente a la que se realizó o podía haber afectado a las ofertas que se habrían presentado por los licitadores o al número de ellos que habrían concurrido al procedimiento de licitación.

En materia de contratación pública se puede producir el enriquecimiento injusto cuando se dan alguna de las siguientes irregularidades: ausencia de contrato escrito, fraccionamiento irregular del objeto del contrato, modificaciones no tramitadas, ausencia de crédito adecuado o insuficiente o por tramitación de procedimiento de licitación incorrecto.

de obra) fuese necesaria para la ejecución o simplemente útil, pues basta que produzca enriquecimiento para la Administración.

³⁴² “¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?” de Gallego Córcoles. Contratación Administrativa Práctica. Núm. 110/2011.

³⁴³ Ley 9/2017, de 8 noviembre de 2017. Artículo 40. Causas de anulabilidad de derecho administrativo. Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (RCL 2015, 1477) , del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Vistas las consecuencias en relación con la modificación y la contratación verbal, en relación a las otras irregularidades, podemos decir:

Cuando existe carencia o insuficiencia de crédito para la realización de una contratación pública, estamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, de conformidad con lo establecido en las normas presupuestarias de las Administraciones Públicas sujetas a la normativa de contratación pública, salvo los supuestos de tramitación de emergencia (art. 39.2 LCSP). La ausencia de crédito suele ir unida a otros incumplimientos procedimentales que pueden impedir el pago de las facturas recibidas por la ejecución de la contratación irregular pues es habitual que junto con la inexistencia de crédito se ponga de manifiesto una vulneración absoluta del procedimiento administrativo de contratación, encontrándonos ante adjudicaciones directas o contrataciones verbales. La ausencia de crédito adecuado y suficiente ha sido una de las principales situaciones que se han puesto de manifiesto durante la crisis económica y cuya consecuencia inmediata son las denominadas “facturas en el cajón” o, en términos de la auditoría financiera, la existencia de pasivos ocultos.

En este sentido la LGP establece que: «Los créditos para gastos son limitativos. No podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación, sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el título VII de esta ley.

También el fraccionamiento de contrato puede dar lugar a que el expediente se encuentre incurso en el supuesto de nulidad de pleno derecho, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento de licitación que legalmente procedía aplicar en función del verdadero valor estimado del contrato.³⁴⁴ No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan³⁴⁵. Ambos extremos, publicidad y concurrencia, se establecen en

³⁴⁴ María Ángeles García: “Fraccionamiento de contratos públicos en beneficio de los órganos de decisión” Revista Actualidad Administrativa. Nº 5/2016 pp1-14.

³⁴⁵ Artículo 99. 1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.

2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

función del valor estimado del contrato. La LCSP no prohíbe el fraccionamiento del contrato en general sino sólo aquél que se hace “con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”.

La finalidad última de la Ley no es agrupar innecesariamente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abiertos o las exigencias de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea, cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato.

La contratación de prestaciones análogas no siempre debe ser objeto de un único contrato, sino que depende de si se integran o no en una misma unidad funcional para cumplimiento de un determinado fin. Es decir, en el objeto de un contrato hay que agrupar prestaciones que, con independencia de la similitud de su contenido, cumplan la misma finalidad. En cualquier caso, el principio de concurrencia impide la agrupación de objetos independientes en un solo contrato si implican una restricción de la competencia o de prestaciones diferenciadas que pueden ser realizadas por contratistas capacitados para acometerlas pero que no disponen de solvencia económica y técnica suficiente para concurrir y presentar ofertas que abarquen todo el conjunto de actuaciones del macro contrato.³⁴⁶

El objeto en la contratación administrativa es esencial así como su valoración económica, el precio, porque determina el procedimiento de adjudicación y el tipo de contrato, la admisión de determinadas personas jurídicas (objeto social adecuado), la solvencia requerida, la valoración de las proposiciones u ofertas presentadas, la ejecución y la recepción del contrato, es decir, está presente en todas las fases del procedimiento de contratación. Si las prestaciones del objeto se contrataran de manera independiente estaríamos ante un fraccionamiento del contrato pues los contratos del sector público se rigen por el

3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

³⁴⁶ El Informe 7/12, de 7 de mayo de 2013, tras la consulta del Ayuntamiento de Aspe sobre la posibilidad de existencia de fraccionamiento del objeto contractual en la realización de los diferentes contratos menores suscritos por la Concejalía de Fiestas, con motivo de la celebración de las Fiestas de la Cabalgata de Reyes del Año 2012, dice: Si se pretende organizar la Cabalgata de Reyes no podemos considerar ésta como objeto del contrato en su conjunto sino que corresponde considerar diferentes contratos de servicios y suministros, cada uno con su propio objeto, destinados todos ellos a esa finalidad común. No existe un solo contrato sino varios, todos ellos destinados a una misma finalidad cual es la organización de la Cabalgata de Reyes. Distinto sería el supuesto de celebrar un contrato que tuviese por objeto la organización de la citada cabalgata, es decir, la adjudicación a un solo contratista de un contrato con dicho objeto, en cuyo caso el fraccionamiento en distintos contratos para cada una de las prestaciones tendría que someterse a las reglas fijadas por el artículo 99 de la LCSP.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

principio de objeto completo para cumplir la necesidad que motiva su contratación.³⁴⁷ Existe una estrecha vinculación entre la necesidad a satisfacer y el objeto del contrato, necesidad y objeto deben estar relacionados. La necesidad pública es la finalidad por la que se inicia un contrato y su objeto será la obra, servicio, suministro, etc que satisface esa necesidad. Si las necesidades, aunque sean similares, responden a distintas causas, forman parte de diferentes contratos”³⁴⁸.

Diversos servicios o suministros deberán ser objeto de un único contrato o de contratos distintos, dependiendo de que deriven de una misma causa o, por el contrario, tengan por causa finalidades o circunstancias distintas.³⁴⁹

³⁴⁷ Artículo 116.2. Expediente de contratación: “El expediente deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 7 del artículo 99 para los contratos adjudicados por lotes”.

³⁴⁸ artículo 28.1 LCSP: “Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.”

³⁴⁹ El Informe de la Junta Consultiva de Canarias 1/2010, tras la cuestión planteada por el Ayuntamiento de San Miguel de Abona sobre si los servicios de suministros que se detallan a continuación han de ser objeto de un único contrato, cuyo importe total superaría el límite para ser considerado contrato menor, o por el contrario, pueden ser objeto de contratos distintos, cuyos importes, de menor cuantía, permitirían considerarlos como contratos menores:

- a) Los servicios de diseño e impresión que el Ayuntamiento necesita para editar una revista municipal
- b) Los suministros de materiales de construcción que el Ayuntamiento necesita para ejecutar diversas obras con sus propios medios.
- c) Los suministros de alimentos para distintos centros municipales: comedores sociales, guarderías y centros de mayores.

La respuesta depende de las dos posibles alternativas:

- Alternativa a): que los servicios o suministros de que se trate tengan por causa una necesidad concreta, detectada en un momento determinado, y vayan dirigidos específicamente a la atención de tal necesidad.

- Alternativa b): que tales servicios o suministros, aunque estén destinados a atender necesidades distintas o sucesivas, sean sin embargo previsibles y cuantificables en un momento determinado, o bien que estén destinados a dotar a la Administración de recursos que, a modo de aprovisionamiento general o reservas de almacén, le permitan atender posteriormente un conjunto previsible de necesidades diversas.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto³⁵⁰.

Aunque el artículo 99 de la LCSP parece claro, goza de cierta parquedad que hace que en determinados supuestos haya que acudir a los órganos consultivos de contratación administrativa para resolver las dudas que les plantean las diferentes entidades públicas. Estos órganos consultivos, en sus informes, recurren con frecuencia a conceptos como “objeto de contrato”, “necesidades administrativas” o “unidad funcional u operativa”, para delimitar la existencia o no de fraccionamiento.

CAPÍTULO TERCERO.- EL CONTROL EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

La tramitación irregular de expedientes de contratación impide, si dichas deficiencias son detectadas, proceder al pago de las facturas que se derivan de los contratos, teniendo un importante papel la Intervención en el ejercicio del control previo para que el tercero de buena fe que, con confianza legítima, contrató con la

En los supuestos de suministros de materiales de construcción destinados específica e inmediatamente a una obra municipal concreta, o los supuestos de suministros de una partida de alimentos necesarios en un momento determinado para atender las necesidades concretas de un determinado centro asistencial del Ayuntamiento, cada uno de estos contratos tiene una causa distinta.

Por el contrario, si el suministro de materiales de construcción se realiza para incorporarlos a un conjunto de diversas obras municipales que el Ayuntamiento prevé ejecutar con sus propios medios, o bien para aprovisionar el almacén municipal de un stock de almacén que, beneficiándose de la disminución de precios derivado de una recomendable planificación y consiguiente economía de escala, le permita atender las necesidades de las futuras obras a acometer por el Ayuntamiento, tal suministro deberá ser objeto de un único contrato, pues las diversas y sucesivas necesidades a atender constituyen la causa de dicho contrato. Igual consideración resulta procedente respecto al suministro de partidas de alimentos destinados a atender las necesidades previstas o planificadas de diversos centros asistenciales

³⁵⁰ El Informe 31/12, de 7 de mayo de 2013 de la JCCA, ante la idea del Ayuntamiento de Badajoz al desarrollar el III Plan de Impulso a la Economía Local por importe de aproximadamente 8.500.000 de euros, de sacar las obras a contratación una por una para poder tratarlas como contrato menor, las más, o siguiendo el procedimiento negociado sin publicidad, las menos, y permitir así, por tanto, que una diversidad de pequeñas PYMES puedan acceder a trabajos, conseguir que la obra pública se reparta entre todas ellas y aliviar la situación de crisis que vienen padeciendo, dice: Como norma general hay que partir de la base de que, siempre se mantenga el contrato en su unidad, aunque luego se proceda a la división en lotes del mismo, a efectos de seguir el correspondiente procedimiento en el que se cumplan las reglas de publicidad y concurrencia. Si existe una única finalidad, como es la reparación de las aceras del municipio, lo que conlleva una unidad funcional, lo correcto es que se utilice un único procedimiento de adjudicación para la totalidad de las aceras que vayan a ser reparadas.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Administración y ejecutó las prestaciones a su cargo sea compensado por ello, sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional. Se parte de un incremento patrimonial de la Administración y con ello de un enriquecimiento a costa del particular que ha realizado la prestación y por tanto debe ser pagado en la cuantía pericialmente determinada.

El carácter previo y, por tanto, preventivo de la fiscalización permite detectar, al menos en lo sustancial, y corregir, las posibles irregularidades de que pudiera adolecer el procedimiento de contratación. Control va unido a supervisión y comprobación y tanto el control por medios externos como internos implica comparar la actividad del Sector Público con la norma. En el control externo no existe relación alguna de dependencia o subordinación jerárquica entre la entidad titular del control y la entidad controlada e informa de la regularidad en el cumplimiento de las normas y valoración de la gestión a terceros³⁵¹. Mientras en el control interno existe una relación de dependencia entre el órgano controlador y el controlado y se realiza a través de la función interventora, del control financiero permanente y de la auditoría pública. La auditoría pública supone una supervisión de la actividad realizada en un periodo determinado llevada a cabo por personal capacitado, de acuerdo con una serie de procedimientos y técnicas predeterminados que finaliza en un informe escrito y razonado en que emiten su opinión sobre la actividad controlada.

La función interventora, de carácter preventivo, que no es obligatoria para los contratos menores, persigue verificar que los actos de contenido económico-financiero se adecuen a la normativa aplicable, advirtiendo, en su caso, sobre los incumplimientos (intervención formal que comprueba el cumplimiento de los requisitos legales y documentales de las actuaciones públicas e intervención material de comprobación de la aplicación real y efectiva de los fondos). El control financiero permanente supone la realización de actuaciones donde no llega la función interventora y tiene como objetivo comprobar de forma continuada, a posteriori, y desde una perspectiva más global, el funcionamiento económico-financiero de la entidad, comprobando el cumplimiento de la normativa y de los principios de buena gestión.

La función interventora tiene por objeto garantizar que la actuación administrativa de la que se derivan actos de contenido económico se ajusta al procedimiento legalmente establecido y a las disposiciones reguladoras de la administración y gestión de fondos públicos. Este control previo se materializa en

³⁵¹ Es el ejercido por el Tribunal de Cuentas que tiene como funciones principales la fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público y la de enjuiciar las responsabilidades contables de quienes manejan los caudales públicos o efectos públicos.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

un informe técnico, de carácter preceptivo y vinculante. El carácter previo y, por tanto, preventivo de la fiscalización permite detectar, al menos en lo sustancial, y corregir, las posibles irregularidades de que pudiera adolecer el procedimiento de contratación antes de que se aprueben las resoluciones eventualmente viciadas.

La omisión de la función interventora se produce cuando, siendo esta preceptiva, el órgano gestor aprueba un acto de contenido económico sin el concurso previo de un informe fiscal favorable. En estos casos no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se subsane dicha omisión. En análoga situación se encuentran aquellos actos adoptados por un gestor, a pesar de la existencia de un reparo suspensivo, sin subsanar las deficiencias manifestadas por la Intervención o sin que la discrepancia se haya resuelto por el procedimiento previsto la Ley General Presupuestaria (LGP).

La irregularidad derivada de la omisión de la función interventora, de acuerdo con la doctrina mayoritaria y con la jurisprudencia, se incardina dentro de la regla general de la LPACAP, acarreado la mera anulabilidad del acto, y no su nulidad radical y así «el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados». Sin embargo, esta irregularidad formal presenta diferencias significativas respecto de otros supuestos de anulabilidad, a consecuencia de los efectos que le atribuye la LGP para el caso de su verificación: suspensión automática de la eficacia del acto aprobado con omisión de la función interventora en sus aspectos económico-financieros hasta que se subsane dicha omisión, ya que se prohíbe que se proceda al reconocimiento de la obligación y/o a la realización del pago y reserva al Consejo de Ministros la competencia para subsanar (convalidar) la omisión de fiscalización previa, de conformidad con la LGP.

Así, pues, la omisión de la función interventora no es sino una irregularidad formal que presenta determinados efectos suspensivos hasta su subsanación. Sin embargo, el principal problema que se deriva de la omisión de la función interventora no es la elusión del preceptivo control interventor, sino el efecto que dicha omisión puede tener en la formación de la voluntad del órgano gestor, de forma que los actos aprobados con omisión de la fiscalización suelen llevar aparejados la comisión de otras irregularidades de la vertiente administrativa y/o financiera, con las consecuencias que de ello se pueden derivar sobre la validez y eficacia de los actos administrativos adoptados; en especial cuando la función interventora se omite en la fase de fiscalización previa, que es la fase en la que se ejerce el control de legalidad sobre la preparación y adjudicación de los contratos públicos. Hay que destacar que el acuerdo favorable del Consejo de Ministros u órgano competente de la respectiva Administración Pública únicamente subsana (convalida) la omisión del trámite fiscal, sin alcanzar al resto de irregularidades que puedan acompañar a la omisión de la función interventora.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Mientras la función interventora se centra en la administración general y analiza actos aislados, el control financiero permanente afecta al conjunto de sector público y su objeto es el conjunto de las actuaciones. Mientras que el objetivo último de la función interventora está en evitar la realización de actuaciones que no estén ajustadas a la legislación, vigilando el cumplimiento del principio de legalidad, el control financiero pretende evaluar la gestión del ente en su conjunto de cara a mejorar en las técnicas y procedimientos utilizados, pretende dejar de manifiesto la situación económico-patrimonial y completa las actuaciones llevadas a cabo por la función interventora, consiguiéndose así un adecuado control interno.

Teniendo en cuenta los diferentes controles a que se someten los actos de contenido económico que realiza el Sector Público, las irregularidades o vicios del contrato se puede detectar en el procedimiento de fiscalización del gasto en dos momentos diferentes, bien en la remisión de los documentos de contenido económico para su fiscalización, en cuyo caso la intervención deberá paralizar la tramitación mediante reparo o bien en el análisis conjunto de varios expedientes ya fiscalizados de conformidad, en cuyo caso enviará informe con las observaciones y estimaciones sobre fraccionamiento de contrato verificadas, al órgano de contratación así como a la Intervención General, a fin de que puedan adoptarse las medidas correctoras pertinentes.³⁵²

En los contratos menores cuando llegan los documentos a la Intervención es en el momento de reconocerse la obligación. Si en ese momento la Intervención sospecha que el procedimiento no es el adecuado y debería haber sido objeto de la oportuna fiscalización previa en sus fases de autorización y disposición del gasto paralizará el expediente mediante reparo y no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se resuelva dicha omisión. En todo caso se tendrá en cuenta el posible enriquecimiento injusto por parte de la Administración y se requerirá la subsanación de la omisión producida mediante el procedimiento de convalidación (cuando ello sea posible).

Es la Intervención, mediante informe, quien propone o no la revisión del acto, ponderando en su decisión el principio de economía procedimental y evitar en cualquier caso el enriquecimiento sin causa por parte de la Administración.³⁵³

Dentro de la contratación pública española se pueden generar actuaciones inapropiadas de autoridades y funcionarios públicos como fraccionamientos ilegales, recepciones falsas, modificados insuficientemente justificados, adjudicaciones directas, etc, que llegan a la jurisdicción penal como diversos tipos

³⁵² Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid de 23 de Marzo de 2010.

³⁵³ En la Ley 9/2017, de 8 noviembre de 2017 se suprime la cuestión de nulidad, si bien sus causas podrán hacerse valer a través del recurso especial en materia de contratación.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

delictivo, pues no existe un único delito de corrupción para proteger el buen funcionamiento de la Administración Pública y que su actuación sea objetiva y sometida plenamente al ordenamiento jurídico.

Los Estados miembros de la Unión Europea que incumplen las normas establecidas por las Directivas sobre publicidad, transparencia e igualdad de trato en los contratos públicos se ven condenados a devolver las ayudas que recibieron en su día, concedidas con cargo a los Fondos Europeos³⁵⁴ y por importes bien relevantes. El Reino de España ha sido condenado y sancionado en diversas ocasiones por incumplimiento de la legislación europea en materia de contratación, en particular por incumplimiento de las normas referentes a publicidad, a igualdad de trato entre los licitadores o por dividir el contrato para sustraerlo del ámbito de aplicación de la Directiva.

El control es importante para evitar estos incumplimientos en la contratación pública pues las consecuencias económicas de la sanción para el Reino de España por la imposición de una multa a tanto alzado o una multa coercitiva mediante sentencia, acto o decisión ejecutiva de las instituciones europeas, terminan recayendo sobre la población afectada por la sanción que ven reducidos sus ingresos económicos por la negligencia o falta de pericia de sus representantes o empleados públicos.³⁵⁵

La habitualidad de obligación no convencional generadora de gasto público, la pasividad y aquiescencia de la Administración y la complacencia jurisprudencial está desplazando progresivamente el formalismo convencional, como fuente normal del gasto público, hacia las diferentes modalidades de vías de hecho en la generación de aquel, prescindiéndose con ello de los procedimientos formales de contratación y de los principios que los inspiran. Esta situación no es aconsejable siendo más adecuado acudir a una reforma normativa disuasoria que excluyese en lo posible la figura de la obligación no convencional como fuente del gasto público, vía responsabilidad patrimonial, vía cuasi contrato o enriquecimiento sin causa.

CAPÍTULO CUARTO.-CONVALIDACIÓN DEL EXPEDIENTE O REVISIÓN DE OFICIO DE UNA CONTRATACIÓN IRREGULAR

El derecho positivo establece una presunción de validez de los actos administrativos. Un acto se considera conforme a derecho y produce efectos hasta que se declares su invalidez. La invalidez es la constatación de una infracción y debe ser sancionada para garantizar que esa invalidez no quede impune. Ligado a la

³⁵⁴ Sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2013 (asunto C-115/12 P) y del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 (asuntos T-402/06).

³⁵⁵ M. Ángeles García García: "Fraccionamiento de contratos públicos en beneficio de los órganos de decisión" Revista Actualidad Admirativa. Nº 5/2016.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

invalidez está el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. Normalmente el daño alegado por el particular está relacionado con el beneficio perdido. No obstante, hay algunas exigencias cuya vulneración no se considera importante en términos de validez, se trata de irregularidades no invalidantes que no tienen trascendencia jurídica suficiente y no afectan a la legalidad del acto.

Hay que diferenciar la invalidez de conceptos afines como los de irregularidad, ilegalidad y antijuricidad, siendo la validez el resultado de un juicio de ajuste de un acto al ordenamiento jurídico. Dentro de la invalidez se diferencian dos conceptos, la nulidad y la anulabilidad. Los supuestos de nulidad están tasados, deben interpretarse de forma restrictiva y no son convalidables. La anulabilidad no se considera tan grave y su revisión se realiza con una ponderación entre el interés en el mantenimiento del acto y el restablecimiento de la legalidad, por esta razón existe un plazo limitado para revisar el acto frente a los actos nulos que se pueden revisar en todo momento para restablecer la legalidad vigente. También tienen diferentes efectos pues la nulidad produce efectos “ex tunc” y la anulabilidad efectos “ex nunc”.

De conformidad con el artículo 52 de la LPACAP, la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan, pero se impone un límite, la nulidad de pleno derecho del acto, que no es susceptible de subsanación, por lo que la Administración contratante, en estos casos, debe acudir, con carácter general, a la vía de la revisión de oficio.

La contratación irregular viciada de nulidad de pleno derecho, en cuanto afecte a las fases de preparación y/o adjudicación, nos lleva a un contrato nulo, insubsanable y no convalidable y, en consecuencia, no susceptible de generar obligaciones de naturaleza contractual. Por tanto, la vía adecuada al encontrarnos ante supuestos de nulidad plena sería, con carácter general, la revisión de oficio (declarar la nulidad, liquidar y, en su caso, indemnizar), no siendo procedente acudir a otras vías como la convalidación o el reconocimiento de una indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración³⁵⁶. El procedimiento general a aplicar en estos casos será instar la declaración de nulidad a través del procedimiento de la revisión de oficio, y una vez que esta haya sido declarada por el órgano competente, el contrato entrará en fase de liquidación, lo que a su vez implica que no podrá continuar su ejecución, debiendo restituirse recíprocamente las prestaciones de las partes, todo ello sin perjuicio de las eventuales indemnizaciones que puedan corresponder por los daños y perjuicios causados.

De conformidad con la doctrina del enriquecimiento injusto, una vez ejecutadas las prestaciones por el tercero adjudicatario, si la Administración

³⁵⁶ Para Rebollo Puig no es preciso declarar formalmente la nulidad del contrato y menos aún imponer a la Administración la obligación de impugnarlo pues las obligaciones de la Hacienda Pública estatal nacen de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según derecho, las generen.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

procediese a revisar de oficio el acto, habría que acudir, una vez anulada la contratación irregular, a compensar al contratista, con el consiguiente expediente y dilación en la solución del problema, dilación que perjudica a la parte contratante que no causó la irregularidad. Por ello, por economía procesal, solo parece razonable instar la revisión de oficio cuando la cuantía a pagar derivada de la contratación irregular se estime superior a la que habría de abonarse de acudir a la vía de la indemnización, pudiendo acudir, para subsanar los vicios de que adolezca el expediente, a la vía de la convalidación.

La invalidez en materia de contratación pública se regula en los artículos 38 a 43 de la LCSP, remitiendo a la LPACAP en lo que se refiere al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, *«las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1»*. Con los límites del artículo 110, pues *«las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes»*.

Por su parte, el artículo 38 LCSP dispone que los contratos de las Administraciones Públicas serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación. Desarrollando el artículo 42, *«La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido. La nulidad de los actos que no sean preparatorios solo afectará a estos y sus consecuencias. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio. Los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741), reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. A este respecto ha de tenerse en cuenta que dado que las contrataciones son actos administrativos favorables para el administrado, siendo estos meramente anulables, su anulación requerirá de la previa declaración de lesividad y su ulterior impugnación en el orden contencioso-administrativo.*

Por lo tanto, el procedimiento general a aplicar en estos casos será instar la declaración de nulidad a través del procedimiento de la revisión de oficio, y una vez

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

que esta haya sido declarada por el órgano competente, el contrato entrará en fase de liquidación, lo que a su vez implica que no podrá continuar su ejecución, debiendo restituirse recíprocamente las prestaciones de las partes; todo ello sin perjuicio de las eventuales indemnizaciones que puedan corresponder por los daños y perjuicios causados³⁵⁷.

Cuando esta restitución recíproca de prestaciones no fuera posible, supuesto habitual, la Administración deberá acudir a la vía del reembolso del valor de las prestaciones recibidas, para evitar que se produzca un enriquecimiento injusto de esta a costa del tercero de buena fe, naciendo una nueva obligación *ex lege*, ajena a la relación contractual, ya que la declaración de nulidad implica la inexistencia de un nexo causal del que puedan derivarse obligaciones contractuales. Esta nueva obligación, por su carácter *ex lege*, podrá ser reconocida en vía administrativa aun cuando se carezca de crédito para su efectividad. De esta forma el expediente de enriquecimiento injusto se presenta como un instrumento a través del cual hacer efectiva la liquidación prevista en la normativa de contratación pública, pero nos encontramos ante una obligación diversa a la que nacería de la relación contractual³⁵⁸.

Las sentencias relacionan fundamentos contractuales con los específicos del enriquecimiento injusto de manera que muchas veces éste aparece, más que como la fuente específica de la obligación administrativa de restitución, como un argumento para no declarar la nulidad del ejercicio irregular del *ius variandi* y condenar al pago como si el exceso de obras se hubiera realizado correctamente. Pero si se acordaran válidamente las modificaciones, sobran las alusiones al enriquecimiento injusto para fundamentar la condena al pago y si se acordaran con vicios invalidantes, el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto es fundamento suficiente de una obligación de pago y no necesita argumentos para anteponer a todo trance la validez de lo que realmente debe considerarse nulo,³⁵⁹ porque en realidad lo que se trata es de rellenar el hueco dejado por el acto nulo mediante una acción *in rem verso*, no de mantener la validez del acto para evitar el enriquecimiento sin causa.

En todo caso, la actuación de oficio para el reconocimiento de las obligaciones derivadas de un enriquecimiento injusto requiere de la previa tramitación de un expediente donde se acredite la realidad de las prestaciones, su

³⁵⁷ El artículo 42 LCSP establece dos efectos en caso de declaración de nulidad, la restitución recíproca de las prestaciones de las partes o de su valor y la indemnización, a cargo de la parte culpable, de los daños y perjuicios causados.

³⁵⁸ Si bien no debe perderse la perspectiva de que nos encontramos ante una obligación diversa a la que nacería de la relación contractual. En análogo sentido se pronuncia la STS de 24/10/2005.

³⁵⁹ STS de 8 de abril de 1998 (Aranzadi 3090).

valor y su necesidad, así como la determinación de las fuentes de financiación de las mismas.

CAPÍTULO QUINTO.- LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y SU CARÁCTER SUBSIDIARIO

El Derecho romano arbitró la *actio in rem verso*, que se daba contra el pater familias por el importe del beneficio surgido por operaciones de sus dependientes, sea un hijo o un esclavo. Esta *actio* que cubría un problema muy específico del Derecho romano se generalizó luego en el Derecho común para cubrir todos los supuestos de enriquecimiento indirecto de una persona a costa de otra.

En Las Partidas, código jurídico de la Baja Edad Media castellana, redactado a mediados del siglo XIII y considerado como la recopilación legislativa más importante en la historia del Derecho español, realizado por orden del rey Alfonso X el Sabio, que inició y dirigió su redacción, dividido en siete partes o partidas, esta regla romana fue recogida (7.a, lib. XVII, tít. 34) diciendo: ninguno non debe enriqueszer tortizeramenté con daño de otro. La terminología era enriquecimiento torcitero, que podría identificarse con la responsabilidad por daños sobre el sujeto que se empobrece. Término que se sustituye en el S. XIX por el de enriquecimiento injusto o injustificado, pasando de una regla moral a una legal.

Actualmente se utiliza el término de enriquecimiento sin causa como incremento patrimonial y deja de lado la terminología de enriquecimiento injusto (aunque también se utiliza) y con ello ciertas concepciones de equidad y justicia, ampliando su contenido a todos aquellos enriquecimientos que sean contrarios a la justicia, sin importar si se obtuvieron o no por causa jurídica válida.

En el siglo XIX, la jurisprudencia francesa construye un concepto de *actio in rem verso* de carácter general aplicable a todos los supuestos donde concurren enriquecimientos injustos. Nuestro Código Civil, por influencia del francés, no recogió el principio de forma expresa pero la doctrina se ha esforzado en considerarlo recogido en varios artículos del mismo. En cambio, sí lo recogieron los Códigos de influencia germánica, donde la pandectística tuvo gran influencia.

La mayoría de países reconocen la existencia del concepto de enriquecimiento sin causa pero no todos dan el mismo trato a este concepto. El uso del término «enriquecimiento injusto» por nuestra jurisprudencia no es único y en unas ocasiones se alude al mismo como principio general que impide y en otras como mero refuerzo argumental de la aplicación de otros principios jurídicos como los de equidad o justicia y en otras como fuente de obligaciones. En cualquier caso, la justicia material no es el único valor del ordenamiento que se toma en consideración, sino también la seguridad jurídica o la buena fe. Para no lesionar el principio de legalidad, gran parte de la doctrina se ha centrado en concretar esa “injusticia” y en sustituir este requisito por otro, el de la ausencia de causa. Se rechaza entonces la noción de enriquecimiento injusto y se prefiere hablar de enriquecimiento sin causa por faltar la causa de la atribución patrimonial que origina la obligación restitutoria. Ideas como las de falta de la causa por la nulidad

del título que inicialmente la suministraba o la de prestación sin contraprestación, encuentran cabida, mientras la justicia y la equidad quedan al margen o, a lo sumo, como remotos fundamentos teóricos. Pero la jurisprudencia no se desprende del todo de esos valores de justicia y las más de las veces sin muchas explicaciones, valorando las circunstancias de cada caso en su conjunto, utiliza términos como “prestación sin contraprestación” como equivalente a “enriquecimiento sin causa”, invocaciones de la equidad y la justicia material completadas con alusiones a la buena fe del empobrecido o a la culpa de la Administración en el resultado producido con la intención de reforzar o patentizar la injusticia del enriquecimiento administrativo. En la jurisprudencia contencioso-administrativa todas estas ideas están latentes, las más de las veces sin muchas explicaciones, valorando las circunstancias de cada caso en su conjunto para poner de relieve la falta de justificación³⁶⁰.

Aunque nuestro Código Civil no recoge el principio del enriquecimiento injusto de forma expresa, la doctrina lo ha recogido y ha sido aplicado por nuestra jurisprudencia en todo momento para responder a una problemática real bastante frecuente y arbitrar una solución justa y razonable. Es más, la jurisprudencia lo ha elevado a categoría de principio general del Derecho y en tal sentido el enriquecimiento injusto se encuadra en un lugar privilegiado en nuestro Ordenamiento Jurídico.³⁶¹

La jurisprudencia empezó admitiendo la acción de enriquecimiento injusto contra la Administración pública en el ámbito de procesos civiles. Se consideraba que el enriquecimiento injusto al no estar amparado por ningún precepto administrativo sino por el Derecho común, su aplicación debía corresponder en todo caso a los Tribunales ordinarios.³⁶² El enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto, aunque su construcción, requisitos y consecuencias en nuestro ordenamiento jurídico es obra de la jurisprudencia civil, viene aplicándose también en el orden contencioso-administrativo. La teoría del enriquecimiento

³⁶⁰ (STS de 16 de mayo de 1986, Aranzadi 2379, y de 17 de abril de 1969, Aranzadi 2392) o las más técnicas alusiones a la causa (STS de 21 de marzo de 1991, Aranzadi 2013), como genéricas invocaciones de la equidad y la justicia material frente a rigorismos formalistas (STS de 20 de octubre de 1987, Aranzadi 8677, de 16 de marzo de 1986, Aranzadi 2379...) completadas con alusiones a la buena fe del empobrecido o a la culpa de la Administración en el resultado producido (STS de 12 de marzo de 1991, Aranzadi 1987, de 4 de abril de 1990, Aranzadi 3585) con la intención de reforzar o patentizar la injusticia del enriquecimiento administrativo.

³⁶¹ Rafael Nuñez Lagos: “El enriquecimiento sin causa en el Derecho español”. Reus Madrid, 1934.

³⁶² Sentencia de la Sala Primera de 21 de diciembre de 1945 (A. 1946: núm. 109).

injusto no ha sido recogida en la legislación administrativa y la doctrina ha sido muy parca al tratar este tema.³⁶³

Las relaciones patrimoniales que el enriquecimiento injusto regula no son excepcionales en la *praxis* administrativa y de ahí que la jurisprudencia venga aplicando con cierta frecuencia el principio de enriquecimiento injusto como principio general del Derecho. Tal y como declara la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la prohibición del enriquecimiento injusto es un principio general del Derecho que presenta ciertas singularidades en el ámbito administrativo³⁶⁴. La prohibición de enriquecimiento injusto se aplica a las relaciones jurídico-administrativas como una regla propia del Derecho Administrativo y no como una regla de Derecho Civil, el cual se aplica supletoriamente ante la falta de una regulación específica. La jurisprudencia del orden contencioso-administrativo³⁶⁵ viene admitiendo la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho administrativo por lo que la prohibición del enriquecimiento injusto como *principio general* o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, rige también en el Derecho administrativo.³⁶⁶

Sobre la naturaleza jurídica hay dos posiciones, enriquecimiento como principio general del derecho o como fuente del derecho. Como principio se configura como una regla de equidad que no permite a nadie enriquecerse a costa de otro. Se fundamenta en la equidad y la justicia. Cumple la función de principio informador. Lo ideal sería plasmarlo en una norma jurídica que nos permita aplicarla a supuestos donde se presente un enriquecimiento sin causa. La prohibición del enriquecimiento injusto como principio general del Derecho presenta ciertas singularidades en el ámbito administrativo (STS de 15 de abril de 2002, Sala 3ª).

Como fuente de obligaciones se producen obligaciones restitutorias a consecuencia del enriquecimiento, que no tienen el mismo origen que las obligaciones contractuales por lo que el enriquecimiento sin causa no es fuente de obligaciones contractuales. La acción de enriquecimiento sin causa surge como un

³⁶³ García de Enterría y T. R. Fernández: Curso de Derecho administrativo, II, P. 334, que incluye esta figura en los supuestos de responsabilidad administrativa.

Luis Cosculluela Montaner: “Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo”.

³⁶⁴ STS de 15 de abril de 2002, Sala 3.ª.

³⁶⁵ Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2002 (Aranzadi 6495, 6496 y 6497).

³⁶⁶ M. Rebollo Puig: “El enriquecimiento injusto de la Administración pública”, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 92.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

remedio ante la invalidez de los contratos, y permite corregir aquellas prestaciones ejecutadas parcial o totalmente por el contratista. Permite obligar a la Entidad contratante, a responder por aquella prestación ejecutada por el contratista. Pero no como obligación propia del contrato.

La jurisprudencia española otorga a la acción de enriquecimiento injusto un carácter subsidiario, esto es, que su aplicación sólo procede en defecto de cualquier otra. Sin embargo, en la doctrina civilista hay autores (Núñez Lagos) que no reconocen el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento injusto en base a su naturaleza de principio general del Derecho.

La moderna doctrina entiende que este carácter subsidiario forma parte de la misma esencia institucional del enriquecimiento injusto, como lo prueba su mismo origen histórico. En este sentido, la jurisprudencia contenciosa ha rechazado los intentos de aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto en casos cuya resolución está prevista a través de otra institución.

El enriquecimiento injusto es una fuente de obligación subsidiaria, aplicable exclusivamente en defecto de contrato administrativo o de cualquier otra fuente de obligación y cuya finalidad fundamental es la salvaguarda de los principios de justicia y equidad que recoge nuestro ordenamiento en las relaciones con la Administración. Extender su aplicación más allá de sus estrictos términos corre peligro de su aplicación más con carácter voluntarista y de justicia material que de aplicación del Derecho.

El enriquecimiento injusto, pese a la existencia de acepciones diversas del concepto, se configura como fuente de obligaciones independiente de otras, como son los cuasicontratos o la responsabilidad patrimonial, teniendo carácter subsidiario frente al contrato administrativo y encontrándose caracterizada porque la acción mediante la que se reclama su existencia, la *actio in rem verso*, permite atender al reintegro al contratista de la prestación ejecutada en el importe en que se ha producido el enriquecimiento obtenido por la Administración.

El carácter subsidiario de esta fuente de las obligaciones deriva de que su nacimiento surge como consecuencia del incumplimiento de las exigencias establecidas para la aplicación de la institución principal, que es el contrato, y si bien puede, en cierta medida, dar satisfacción a los derechos del contratista, que ve recuperado su patrimonio, al menos en la parte en que se ha enriquecido la Administración, no es menos cierto que su falta de previsión legal no permite establecer mecanismos adecuados de corrección del incumplimiento de las obligaciones de preparación y adjudicación de los contratos administrativos, que es, desde la perspectiva de la Administración, la institución a proteger.

V.1.- REQUISITOS PARA APLICAR EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

La doctrina del Tribunal Supremo viene entendiendo, con base en el principio de prohibición del enriquecimiento sin causa, que, aunque se anule un contrato por defectos legales del mismo, si resulta que la prestación ha sido efectuada por el contratista, no puede pretenderse después no efectuar el pago de la contraprestación dineraria correspondiente ni la devolución de lo ya pagado; todo ello salvo casos de mala fe por parte del contratista.³⁶⁷ La razón de este argumento no es otra que la salvaguarda de la seguridad jurídica en las relaciones contractuales en fase de ejecución, así como la de los derechos del contratista.

Son muchas las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre el posible enriquecimiento injusto de la Administración, la mayor parte producidas en el ámbito de la contratación administrativa, en las que se parte de actuaciones realizadas por un particular en beneficio de un interés general cuya atención corresponde a una Administración pública, y su propósito principal es evitar que se produzca un desequilibrio patrimonial injustificado en perjuicio de ese particular.

En el ámbito del Derecho administrativo la aplicación más frecuente del principio de enriquecimiento injusto se da, por lo general, en supuestos de contratos inexistentes o nulos o en supuestos de prestaciones suplementarias realizadas por un contratista y no amparadas por un contrato, en los que la Administración se beneficia de obras o suministros por un aparente contratista que los realiza sin vínculo o título jurídico suficiente.

Para que surja la obligación de restitución de enriquecimiento injusto de la Administración y, por tanto, para el ejercicio con éxito de la *actio de in rem verso* deben concurrir, en principio, los mismos requisitos que la doctrina del Derecho civil exige. Así se deduce de la jurisprudencia contencioso-administrativa que, incluso, en ocasiones, sobre todo en las sentencias más recientes, los enuncia expresamente. No obstante, la necesidad de establecer requisitos específicos en el Derecho Administrativo, según Rebollo Puig, es para evitar posibles injerencias de los particulares en la actividad administrativa o en su patrimonio que pudieran comprometer las disponibilidades financieras de la Administración y, por tanto, la jerarquización de las prioridades públicas establecidas por el órgano legislativo en representación del interés general. Lo razonable es que la Administración pueda decidir lo que es conveniente a los intereses generales y, dada la limitación de recursos, establecer prioridades y acometer sólo las actividades que considere más oportunas.

³⁶⁷ STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de febrero de 2001 (Aranzadi RJCA 2001\440).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La jurisprudencia ha ido estableciendo unos presupuestos para la aplicación del enriquecimiento injusto que son los siguientes:³⁶⁸ 1. Un enriquecimiento por parte de quien ha obtenido una ventaja patrimonial, que puede producirse por un aumento del patrimonio (*lucrum emergens*) o por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*). 2. Un empobrecimiento representado por un daño, que puede constituir *damnum emergens* (daño positivo) y *lucrum cessans* (lucro frustrado), que haya producido el enriquecimiento. 3. Falta de causa que justifique el enriquecimiento. 4. Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa³⁶⁹.

El enriquecimiento puede ser positivo (*lucrum emergens*) si hay incremento patrimonial (por aumento del activo o disminución del pasivo), o negativo (*damnum cessans*), cuando se evita una disminución patrimonial, ahorro de gastos, obteniendo, sin embargo, una utilidad que no se ingresa en el patrimonio (por ejemplo, consumo o simple utilización de cosa ajena, o beneficio por servicios de otro). El empobrecimiento del acreedor y actor, como en Derecho civil, basta para que se entienda producido, incluso sin una disminución de patrimonio propiamente dicha, por la simple no obtención de un lucro o de una ganancia dejada de percibir. También debe exigirse la correlación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento o, como también se dice, una relación de causalidad entre uno y otro³⁷⁰. No basta con que una persona se enriquezca y otra se empobrezca, sino que el empobrecimiento ha de ser la causa del enriquecimiento, esto es, enriquecimiento y empobrecimiento han de ser correlativos. La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento es crucial en la delimitación del ámbito del enriquecimiento injusto, es el que presenta mayores dificultades prácticas³⁷¹.

³⁶⁸ Sentencia de la Sala Primera de 23 de marzo de 1966.

³⁶⁹ Por tanto, la determinación de la procedencia de esta obligación de pago impuesta para evitar un enriquecimiento injusto, requiere analizar los requisitos exigidos para que se de esta situación ilícita, que, según constata la STS de fecha 11 de mayo de 2004 (rec. 3554/1999), recogiendo la doctrina contenida en otras sentencias, pueden resumirse en los siguientes puntos: a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos. b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, entendido en su más amplio sentido siempre y que no provenga directamente del comportamiento de quien lo sufre. c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que éste sea el efecto de aquél. Es decir, que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento. d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento.

³⁷⁰ Este requisito es destacado, sobre todo, en las STS de 12 de junio de 2000 (Aranzadi 4773) y de 5 de marzo de 2002 (Aranzadi 1975): “La aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones exige como requisito imprescindible una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.

³⁷¹ García de Enterría y T.R. Fernández: Curso de Derecho administrativo, II, P. 334, q 1986.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

*El primer presupuesto para la aplicación de la institución del enriquecimiento injusto es el efectivo enriquecimiento de la Administración pública, ya que si el enriquecido fuera un particular el caso sería siempre civil. El supuesto más general es el de *lucrum emergens* del patrimonio de la Administración pública aunque no faltan los de *damnum cessans*. Es suficiente con que el enriquecimiento se concrete en una utilidad o provecho real o efectivo en el patrimonio de la Administración pública³⁷².*

El segundo requisito es que se haya producido un empobrecimiento o pérdida pecuniaria, aunque no falta que el objeto haya formado parte del patrimonio empobrecido, bastando con que haya sido una expectativa segura y legítima.

El tercer requisito es la existencia de una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento de ambos patrimonios. La relación de causalidad debe ser probada por el contratista.³⁷³ La aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones exige como requisito imprescindible una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.

El cuarto requisito es la falta de causa del enriquecimiento y correlativo empobrecimiento patrimonial. Para que la pretensión de enriquecimiento injusto prospere es preciso, como ha recordado la jurisprudencia, que se trate «de un enriquecimiento sin razón o que haya una falta de derecho o de justicia para que el enriquecimiento se produzca». Es necesario que el empobrecimiento del particular y correlativo enriquecimiento de la Administración pública no derive de una obligación o carga legal que pese sobre aquél, ni del cumplimiento de prestaciones amparadas por una relación jurídica concreta, contractual o no, ya que en estos casos las consecuencias que subyacen en la teoría del enriquecimiento se regulan por la propia Ley o por el negocio concreto de que se trate, y no cabe entender aplicable la acción por enriquecimiento injusto. Es decir, el enriquecimiento injusto nunca puede aplicarse si hay un contrato válido que regule las relaciones entre la Administración enriquecida y el contratista empobrecido³⁷⁴.

El desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo,

³⁷² Como ejemplo de éstos puede citarse la Sentencia de 27 de marzo de 1969 (A. 2369).

³⁷³ Este requisito es destacado, sobre todo, en las STS de 12 de junio de 2000 (Aranzadi 4773) y de 5 de marzo de 2002 (Aranzadi 1975).

³⁷⁴ Hay que tener presente que cuando se trata de prestaciones derivadas del contrato no es posible aplicar el principio de enriquecimiento injusto pues a las obligaciones contractuales debe aplicarse la legislación de contratos del sector público cuya fuente de obligación es el propio contrato.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración.³⁷⁵

Es necesaria la concurrencia de cada uno de los requisitos expresados, de tal manera que la falta de cualquiera de ellos, determinaría la improcedencia de la acción de enriquecimiento sin causa declarada.³⁷⁶ Así, de conformidad con la construcción jurisprudencial de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo³⁷⁷, los requisitos que han de concurrir para que proceda la acción de enriquecimiento injusto o sin causa son: un enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos y el empobrecimiento del empresario o profesional que reclama, en su más amplio sentido, siempre que no provenga directamente del comportamiento de quien lo sufre. Además se requiere que este desequilibrio patrimonial que se produce tenga su origen en actuaciones derivadas de la Administración Pública que hayan generado razonablemente en ese particular la

³⁷⁵ Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (sentencias de 12 de febrero de 1979, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (sentencia de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001). Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque si prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la administración (sentencia de 13 de julio de 1984) así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes. Y también el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe (sentencia de 11 de julio de 2003, recurso de casación 9003/1997). Asimismo, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las autoridades y funcionarios de un Ayuntamiento que contrató de forma ilegal unas obras de pavimentación, se ha aceptado que deberían ser pagadas para no producir enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla, a lo que está obligado este Tribunal. (Sentencia 24 de julio de 1992, recurso de apelación 4011/1990)

³⁷⁶ STS 8362/2012 de fecha 12/12/2012, Sala de lo Contencioso, Sección 6 N^o de Recurso: 5694/2010, recurso de casación.

Sentencias de 18 de diciembre de 2007, recurso de casación 11195/2004, 2 de octubre de 2006, recurso de casación 1232/2004 y 20 de julio de 2005, recurso de casación 1129/2002, recogen la doctrina del enriquecimiento injusto que pudiera derivar de la ejecución de una obra para la Administración y del equilibrio económico que debe mantenerse en el cumplimiento del contrato a que se refiere la sentencia de 25 de febrero de 1991, siguiendo lo dicho en las de 20 de diciembre de 1983 y 2 de abril de 1986, que implica la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto.

³⁷⁷ STS 11/05/2004.

creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración (principios de buena fe y confianza legítima), ya que en caso contrario se podría emplear esta acción para eludir las exigencias formales y procedimentales establecidas para asegurar los principios rectores de la contratación pública y de la gestión económico-financiera³⁷⁸. Es necesaria una relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que éste sea el efecto de aquél. Por tanto, para que exista enriquecimiento el desequilibrio patrimonial no debe atribuirse exclusivamente a la voluntad del contratista sino que debe haber una cierta apariencia de existencia de una orden previa de la Administración y deben ser prestaciones útiles a la Administración, de tal manera que tales vicios no pueden oponerse a aquél para que pueda percibir el importe de la prestación realizada.

Algunas sentencias exigen un requisito adicional a los referidos (que constituyen doctrina unánime) y es que las órdenes sean dadas por quienes y del modo que para el contratista tuvieran la apariencia suficiente de ostentar la efectiva potestad, porque si no se da esa mínima relación no se podrá aplicar la teoría del enriquecimiento injusto³⁷⁹. Requisito que ha sido superado por la doctrina jurisprudencial³⁸⁰ mediante una interpretación más flexibilizadora del principio³⁸¹.

El Tribunal Supremo tiende a considerar que existe asentimiento cuando para el contratista hubo una simple apariencia de que la Administración instaba la prestación, bastando a veces una voluntad implícita. Normalmente se trata de órdenes de los directores de obras, aunque sin seguir el procedimiento pertinente y yendo mucho más allá de lo que les está permitido, incluso, a veces, en contra de lo querido por la Administración³⁸².

³⁷⁸ STS 18/07/2003

³⁷⁹ Sentencia de 15 de marzo de 1978.

³⁸⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1981 (R. Ar. 5267) y 11 de octubre de 1979 (R. Ar. 3448).

³⁸¹ Juan Francisco Mestre Delgado, «La posición singular de la Administración en la contratación administrativa y las garantías del contratista según la jurisprudencia contencioso-administrativa reciente», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 47, julio-septiembre 1985, edición electrónica.

³⁸² STS de 4 de marzo de 1997 (Aranzadi 1659): es evidente la procedencia del pago por el Ayuntamiento de las obras realizadas sin consentimiento del Ayuntamiento pero por orden del director de las obras pues al margen de que tales incrementos de obra se hayan realizado siguiendo el procedimiento legalmente establecido, pues el director de la obra es el representante en la obra de la Administración, y sus instrucciones si son dadas por escrito son de obligado cumplimiento para el contratista. Otra cosa es, y esto parece insinuar el Ayuntamiento, que el director de la obra haya favorecido al contratista frente a la Administración [...]. Sin embargo, en principio, la posición del director de las obras es la de servidor de la Administración y a tal concepto nosotros hemos de atenernos.”

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Parece que basta, no ya un asentimiento derivado de quien tenga apariencia de potestad, sino incluso una simple tolerancia administrativa con el exceso del contratista. El “asentimiento” de la Administración implica que la Administración enriquecida haya expresado de alguna forma su adhesión a la actividad del empobrecido, aunque estos asentimientos provengan de quien no tiene ni siquiera remotamente competencia, sin seguir ningún procedimiento y al margen de toda formalidad y de manera implícita. Así se desprende de nuestra jurisprudencia administrativa, aunque no lo proclame nunca abiertamente.

Por el contrario, cuando los contratistas realizan espontáneamente prestaciones superiores a las pactadas, sin que de ninguna forma pueda entenderse que seguían indicaciones de la Administración, ni siquiera nulas o aparentes, ni han contado con la tolerancia de la Administración, entonces la regla general es que no existe derecho a su abono. Ello, no obstante, cuenta con una excepción, que esa prestación no pactada era absolutamente imprescindible para el cumplimiento del contrato, y por ello la realizó el contratista, entonces sí se le reconoce derecho a su abono con fundamento en el principio prohibitivo del enriquecimiento injusto³⁸³,

Otra excepción a la necesidad de asentimiento es la del poseedor de buena fe y a título de dueño de bienes de la Administración que realiza mejoras sobre dichos bienes enriqueciendo a la Administración que finalmente los recupera, cuando ese asentimiento administrativo resulta casi inimaginable pero parece razonable la restitución del enriquecimiento. Algo similar ocurre cuando el particular realice actuaciones que se consideren absolutamente imprescindibles o urgentes, en tales supuestos el asentimiento se entiende implícito.³⁸⁴

A veces, la apariencia es aún más remota. Un caso extremo es el de la STS de 11 de julio de 1997 (Aranzadi5929), en el que las modificaciones en unas obras municipales parece que las instaba la Unión Deportiva Las Palmas, que, además, era la que disfrutaba de las instalaciones, pero “si bien es cierto que no consta un consentimiento explícito del Ayuntamiento de Las Palmas al exceso de obra realizada, es evidente que conoció la realidad de su ejecución, y, en consecuencia, pudo y debió manifestar su oposición a que las obras controvertidas fueran llevadas a cabo. Al no hacerlo así ha de soportar las consecuencias derivadas del enriquecimiento que para el ente demandado suponen las obras realizadas”.

³⁸³ Manuel Rebollo Puig. “Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho administrativo”. QDL, 12. Octubre de 2006. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba.

. La misma idea se desprende de la STS de 1 de julio de 2002 (Aranzadi 7075).

³⁸⁴ Artículo 62.LCSP. Responsable del contrato

1. Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

En la realidad no siempre se exigen rigurosamente ni exactamente los mismos requisitos ni son los únicos que se exigen. La mayoría de las sentencias dictadas en las últimas décadas, que tratan de la figura del enriquecimiento injusto en la contratación pública son a favor del demandante y tan sólo un 5 % aproximadamente dan la razón a la Administración, por lo que se refleja la importancia de este principio y sus consecuencias.

V.2.- DIFERENCIACIÓN ENTRE EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y OTRAS FUENTES DE OBLIGACIONES SIMILARES

El Código Civil, en el artículo 1089, dice que las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, así como de los actos y omisiones ilícitos en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. No obstante, la relación contenida en el artículo 1089 no es ni rigurosa ni exhaustiva, pudiendo haber otras fuentes de las obligaciones, entre las que podemos destacar a este efecto la del enriquecimiento sin causa.³⁸⁵

Nuestro Código Civil no recogió el enriquecimiento sin causa de forma expresa en su primitiva redacción pero mediante la reforma introducida en 1974 en el artículo 10.9, párrafo 3.º se reconoce su existencia y a través del enriquecimiento sin causa se aplicaría la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial a favor del enriquecido, lo que para Albadalejo supone proclamar al enriquecimiento injusto o sin causa como fuente de la obligación³⁸⁶.

Muchas sentencias invocan indebida e impropriamente el enriquecimiento injusto como un principio de pura equidad y no como una específica fuente de obligaciones, ello obedece a que, aun cuando se utilice como fuente de obligaciones, los tribunales contencioso-administrativos no siempre deslindan el enriquecimiento injusto de otras fuentes obligacionales como la gestión de negocios ajenos, el cobro de lo indebido, la responsabilidad extracontractual o de los propios contratos. La “injusticia “ del enriquecimiento preocupa por lo que puede parecer

2. En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo conforme con lo dispuesto en los artículos 237 a 246.

3. En los casos de concesiones de obra pública y de concesiones de servicios, la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra.

³⁸⁵ Para la Hacienda Pública estatal las obligaciones nacen de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según derecho, las generen.

³⁸⁶ Manuel Albadalejo. Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones. Volumen segundo. Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales, Barcelona, Ed. Bosch, 1983, pág. 467, y

Luis Cosculluela Montaner: «Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo». pág. 186

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

una llamada a sentimientos personales de justicia, de quiebra de las instituciones jurídicas mejor asentadas y de puerta abierta a un Derecho judicial sin límites.

El enriquecimiento sin causa como fuente de la obligación sólo atiende a las relaciones que surgen entre el enriquecido y el que sufre el empobrecimiento, pero en absoluto nos da una respuesta al conjunto de los problemas que surgen en los casos en que o bien no existe el contrato, ya sea de inicio o por nulidad del mismo, o se trata de prestaciones no recogidas en el contrato y, por tanto, fuera de la relación contractual.

El enriquecimiento injusto es en Derecho civil una fuente de obligaciones diferenciada claramente de los contratos, de la responsabilidad por daños y, también, aunque con menos nitidez, de la gestión de negocios ajenos y del pago de lo indebido. En el Derecho civil se la considera una fuente de obligaciones diferente de las demás y, en especial, de la responsabilidad por daños (delictual o cuasidelictual) y de los contratos y, si acaso, se la conecta con la imprecisa y discutida categoría de los cuasicontratos, aunque diferenciándola de la gestión de negocios ajenos y del pago de lo indebido. A esta fuente de obligaciones se la conecta con la *actio in rem verso* que expresa la forma normal de hacer valer la obligación de restitución del enriquecimiento injusto por quien ha sufrido el empobrecimiento.

En Derecho administrativo, muchas sentencias invocan el enriquecimiento injusto como un principio de pura equidad y no como una específica fuente de obligaciones y, aun cuando se utilice como fuente de obligaciones, los Tribunales Contencioso-Administrativos no siempre deslindan el enriquecimiento injusto de otras fuentes obligacionales y no han prestado excesiva atención ni han precisado con el rigor necesario esta fuente de obligaciones. Esta carencia está motivada por la falta de una diferenciación clara entre enriquecimiento injusto y las restantes, las que nacen de los contratos, de la responsabilidad patrimonial por daños o de la gestión de negocios ajenos porque cada una de ellas conduce a una medida de la obligación diferente. Aunque la *actio in rem verso* no es incompatible con la reparación del daño o responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que se trata de obligaciones diferentes, con unos requisitos, funciones y contenidos distintos.³⁸⁷ Prueba de esta confusión de conceptos es cuando nos encontramos con conclusiones como la siguiente: *la realización de una obra o servicio por un particular, en beneficio de la Administración, no cuenta con una base paccionada, por elemental que sea, [...] lo procedente, ante la situación fáctica irreversible y los intereses subyacentes, es configurar esta situación jurídicamente como cuasi contrato de gestión de negocios (negotiorum gestio), en virtud de la cual la Administración debe compensar al cuasi contratista por el enriquecimiento que su actividad le haya reportado, disponiendo éste de una actio in rem verso, fundada en el enriquecimiento sin causa que se produciría, de no funcionar los debidos*

³⁸⁷.”Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas” de González Pérez. 2015.

resortes compensatorios»³⁸⁸. El Tribunal Supremo quiere decir que para los casos en que las obras no se encontrasen previstas en el proyecto pero se hubieran ejecutado, siendo necesarias para el correcto funcionamiento de la obra contratada, hay obligación de su admisión y pago, pese a la falta de aprobación de la modificación.³⁸⁹

El enriquecimiento sin causa puede servir de fundamento de los cuasicontratos (el pago indebido y la gestión de negocios ajenos). La equiparación de la acción por enriquecimiento injusto a la *negotiorum gestio*, encuadra a ambas figuras en la categoría de los cuasi-contratos pero la doctrina civilista más actual la rechaza.

La falta de una diferenciación clara entre la obligación de restitución del enriquecimiento injusto y las que nacen de los contratos, de la responsabilidad patrimonial por daños o de la gestión de negocios ajenos que hacen los tribunales contencioso-administrativos es por la escasa atención y precisión de estos conceptos con el rigor necesario, pues cada uno de ellos ofrece medidas o soluciones diferentes.³⁹⁰

³⁸⁸ Tribunal Supremo lo declaró, en STS 11/10/1979.

³⁸⁹ STSJ de Santa Cruz de Tenerife de 24 de enero de 2001 (Aranzadi JUR 2001\233100): acreditada la realidad de las obras y que las modificaciones han contribuido a un mejor acabado de la misma, acorde con los fines perseguidos por la Administración, resulta que no se aprecia una conducta unilateral abusiva o de mala fe de parte del contratista, ya que por el contrario, las modificaciones a que se refiere la certificación adicional obedecen a necesidades o motivos técnicos no contemplados en el momento de redactar el proyecto, y fueron requeridas o aceptadas tácitamente —apreciando su necesidad— por el arquitecto director facultativo de la obra designado por la Administración.

STS de 20 de diciembre de 1995 (Aranzadi RJ 1995\8989), «no le podían ser exigidos conocimientos jurídicos por su profesión de Arquitecto al extremo de saber por qué órgano municipal y por qué procedimiento debía verificarse su contratación».

³⁹⁰ En este tema es de destacar los artículos de los siguientes autores:

«Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual», de Jose Manuel Busto Lago, José Manuel, y Fernando Peña López (1997).

«Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo» de Luis Cosculluela Montaner, (1977).

«Culpa y riesgo en la responsabilidad extracontractual» de Luis Díez-Picazo Ponce De León (2000).

«La responsabilidad del Estado y de las Entidades Públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos», de Jesús Leguina Villa (1980).

«La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», de Luis Martín Rebollo (1994).

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

En el campo de la doctrina científica y en el jurisprudencial se ha tendido a asimilar enriquecimiento injusto de la Administración y responsabilidad patrimonial por daños de la misma Administración. En realidad, si bien es cierto que algunos hechos pueden generar tanto la obligación de restitución del enriquecimiento injusto como la de reparación del daño, se trata de dos obligaciones diferentes, con unos requisitos, funciones y contenidos distintos. Las consecuencias del enriquecimiento injusto y la responsabilidad presentan diferencias sustanciales al menos en dos puntos: a) en la responsabilidad, la reparación debe alcanzar al daño total producido; mientras que en el enriquecimiento injusto la restitución sólo totaliza la cuantía real del enriquecimiento producido y b) el daño derivado de responsabilidad puede ocasionarse por acción u omisión, mientras que el enriquecimiento injusto tiene por base el desplazamiento positivo de un patrimonio a otro que enriquece.³⁹¹

La diferencia entre el enriquecimiento sin causa y la responsabilidad por daños está en que ésta provienen siempre de hechos ilícitos, tiene como eje central la culpa y fija la relación causa a efecto entre el agente provocador y el daño mientras en el enriquecimiento sin causa la correlación está entre los patrimonios del enriquecido y el empobrecido. La pretensión de daños extiende su reparación a la totalidad del daño y no tiene como objeto y medida la cuantía del enriquecimiento. Aunque pueden concurrir ambas acciones en determinados supuestos.

V.3.- PRECIO A ABONAR POR LA PRESTACIÓN REALIZADA FUERA DE CONTRATO

La Administración debe abonar a los contratistas las prestaciones ejecutadas y, para el caso de que se proceda a la tramitación de un procedimiento de declaración de nulidad de los contratos menores, deberán liquidarse los contratos tras esa declaración y, en su caso, indemnizar la parte culpable de la nulidad a la contraria de los daños y perjuicios causados. Ello no obstante, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades que, en su caso, puedan exigirse. La Administración estará obligada a restituir su enriquecimiento pero con el límite del efectivo empobrecimiento del actor, valorando cada una de las magnitudes en cada caso concreto.³⁹²

«Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones» de Luis Martín Rebollo (1999).

«Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo» de Muñoz Guijosa (2012).

³⁹¹ Núñez Lagos: “El enriquecimiento sin causa en el Derecho español”. Madrid, 1934.

³⁹² STS de 24 de abril de 1989, Aranzadi 5528.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La Instrucción 2/2012, de 12 de marzo, de la Interventora General y de la Directora de la Abogacía de Illes Balears, sobre la tramitación a seguir en los supuestos de reconocimiento extrajudicial de créditos derivados de la contratación irregular, se inclina por reponer, únicamente, el valor recibido, al disponer que «*el coste económico ha de incluir en cualquier caso el enriquecimiento de la Administración, es decir, el valor de la cosa que la Administración haya recibido y no es procedente un incremento en concepto de beneficio industrial*».

De nuestra jurisprudencia se desprende de forma clara, fundamentalmente en materia de prestaciones complementarias, que en materia de contratación de obras los precios a abonar son los mismos que si se hubiera efectuado correctamente la contratación administrativa. Los precios unitarios son determinables de forma pericial, con independencia del mayor gasto que le hubiera conllevado al empobrecido, pues tal diferencia no formaría parte del enriquecimiento de la Administración sino de la pericia del contratista.

Algunas sentencias, para los contratos nulos, entienden sin más que la obligación de restitución es idéntica a la de pago del precio previsto en el contrato. Igualmente, cuando se trata de ejercicio nulo del *ius variandi*, los tribunales identifican el enriquecimiento injusto con el importe que habría resultado de aplicar las previsiones de las reglas contractuales como si se hubiera acordado la modificación válidamente³⁹³ y condenan a pagar las cantidades que correspondían al presupuesto de ejecución material más el 6% de beneficio industrial y el 16% de gastos generales, como si todo se hubiera hecho regularmente. Pero, a diferencia de la acción de responsabilidad, no alcanza a los perjuicios que pudieran derivarse de daño o empobrecimiento en este caso ocasionado (improcedencia del pago de intereses).

El enriquecimiento de la Administración parece estimarse en el importe total en base al cual hubiera obtenido la misma cosa a través de los procedimientos de contratación legalmente establecidos, no debiendo admitir bajo esta acción los relativos a intereses o a instituciones propiamente contractuales como la revisión de precios, pues los mismos, en caso de producirse, serían derivados de la responsabilidad patrimonial o de las obligaciones de pago dentro de los plazos generales establecidos en la Ley y no del enriquecimiento injusto, por lo que en caso de solicitarse deberían acumularse ambas peticiones en un mismo expediente pues si se demuestra que hubo enriquecimiento injusto, la Administración debe pagar al contratista no sólo el importe de la prestación ejecutada sino también, en su

³⁹³ STS de 21 de julio de 2000 (Aranzadi 7759. “El Ayuntamiento es el responsable del exceso de obra que, además, de haber promovido su realización de manera irregular, no puede pretender que el precio que le incumbe abonar sea inferior al que le correspondería si la realización de la parte de la obra a que se refiere ese exceso hubiera sido contratada en debida forma. El Ayuntamiento experimentaría un beneficio de manera injustificada, y, simultáneamente, la empresa que realizó ese exceso de obra sufriría, en el precio recibido, una merma igualmente carente de justificación.”

caso, los daños y perjuicios que hubiera podido causar, los intereses de demora y los gastos financieros que hubiera causado.

. Para Rebollo Puig, la falta de precisión e interés por parte de la jurisprudencia contencioso-administrativa a la cuantía que procedería abonar al contratista deriva de la ausencia de una diferenciación clara entre la obligación de restitución a consecuencia de la prohibición del enriquecimiento sin causa y otras obligaciones como las que nacen de los contratos, de la responsabilidad patrimonial por daños o de la gestión de negocios ajenos.³⁹⁴

V.4.- PLAZO PARA EJERCITAR EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

El plazo para ejercitar el enriquecimiento injusto, al no estar basado por definición en un título jurídico preciso, debe ser analizado en relación a cada supuesto concreto. Por lo general, la acción se deduce como pretensión subsidiaria de otra principal que defiende la validez de una relación contractual que la Administración pretende sea inexistente o nula. En la práctica, los plazos se definen en función de los establecidos para la interposición de los recursos de esa acción principal. También puede ser subsidiaria de una acción de responsabilidad, que tiene un plazo de un año.³⁹⁵

La STS de 6 de marzo de 1991 entendió que debía aplicarse el plazo de quince años del artículo 1964 del Cc, pero parece más correcto aplicar el plazo que se desprende de la LGP y, por tanto, debe concluirse que el plazo de prescripción es de cuatro años. Así lo ha confirmado rotundamente la STS de 27 de enero de 2003 al resolver un recurso de casación para la unificación de doctrina. En concreto, se impugnaba una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que, aplicando el artículo 46 de la LGP, había declarado que el plazo de prescripción era de cinco años y la sentencia de contraste era la aludida del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1991: “estamos, en efecto, ante la exigencia de cumplimiento de una obligación de Derecho público, la contraída por la Diputación Regional de Cantabria, en virtud del principio de la prohibición del enriquecimiento injusto, al

³⁹⁴ M. Rebollo Puig en “El enriquecimiento injusto de la Administración pública” lo razona así: “El Ayuntamiento demandado, responsable del exceso de obra litigioso, además de haber promovido su realización de manera irregular, *no puede pretender que el precio que le incumbe abonar sea inferior al que le correspondería si la realización de la parte de la obra a que se refiere ese exceso hubiera sido contratada en debida forma*. De admitirse tal pretensión, es claro que el Ayuntamiento experimentaría un beneficio de manera injustificada, y, simultáneamente, la mercantil que realizó ese exceso de obra sufriría, en el precio recibido, una merma igualmente carente de justificación.

³⁹⁵ El Tribunal Supremo ha dejado sentado que tal plazo anual no es aplicable a la conditio o actio de in rem verso (STS de 10 de octubre de 1978, Aranzadi 3660, de 25 de junio de 1981, Aranzadi 2483 y de 6 de marzo de 1981, Aranzadi 2506).

beneficiarse de unas obras que no ha retribuido. Por eso, las reglas a observar en lo que a la prescripción se refiere no son las del Código Civil, sino las establecidas por la Ley general presupuestaria (cuatro años)³⁹⁶.

Así, mientras que el plazo para la prescripción de la acción por responsabilidad patrimonial de la Administración es de tan solo un año, el de la acción por enriquecimiento injusto es de 4 años, de conformidad con la STS de 27 de enero de 2003, que aplica a esta acción el plazo fijado por la Ley General Presupuestaria.

V.5.- RESPONSABILIDADES DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR LA TRAMITACIÓN IRREGULAR DE EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN.

Es frecuente, desde el punto de vista jurisprudencial, separar de modo tajante la aplicación del enriquecimiento injusto de la Administración, como fuente de la obligación generada por ésta, de las posibles responsabilidades que en razón de la misma pudiera requerir de sus autoridades o técnicos³⁹⁷.

Ya el artículo 125 del anterior Reglamento de Contratos del Estado establecía que *«las autoridades y funcionarios que contraten como empresarios la puesta en marcha de obras sin cumplir los requisitos exigidos por el presente Reglamento serán personalmente responsables de los pagos derivados del negocio irregular»*, declaración que fue aclarada por la jurisprudencia estimando que este precepto no puede *«interpretarse en el sentido de que exima a la Administración de los pagos, sino que lo que establece es, la obligación personal de hacerlos, si no los hiciera la Administración, las referidas autoridades y funcionarios, pues la interpretación de la obligación exclusiva por parte de estos últimos y nunca de la Administración, tampoco podía ser aceptada, ya que tal precepto del Reglamento no tiene apoyo en la Ley de Contratos del Estado a la que desarrolla, y como simple norma reglamentaria, no podría tener aplicación, en esta última interpretación, porque violaría el principio general del enriquecimiento sin causa,*

³⁹⁶ Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Artículo 25 Prescripción de las obligaciones. 1. Salvo lo establecido por leyes especiales, prescribirán a los cuatro años: a) El derecho al reconocimiento o liquidación por la Hacienda Pública estatal de toda obligación que no se hubiese solicitado con la presentación de los documentos justificativos. El plazo se contará desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación o desde el día en que el derecho pudo ejercitarse. b) El derecho a exigir el pago de las obligaciones ya reconocidas o liquidadas, si no fuese reclamado por los acreedores legítimos o sus derechohabientes. El plazo se contará desde la fecha de notificación, del reconocimiento o liquidación de la respectiva obligación. 2. Con la expresada salvedad en favor de leyes especiales, la prescripción se interrumpirá conforme a las disposiciones del Código Civil. 3. Las obligaciones a cargo de la Hacienda Pública estatal que hayan prescrito, serán baja en las respectivas cuentas, previa tramitación del oportuno expediente.

³⁹⁷ “¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?” de Javier Doménech Pascual (2009):

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

ya que la Administración obtendría un beneficio patrimonial a costa del patrimonio de tales autoridades y funcionarios, que sufrirían así una sanción económica por un hecho que ninguna ley tipifica como infracción administrativa, lo que colisiona frontalmente en el artículo 25 de la Constitución»³⁹⁸.

Ante la declaración de nulidad de un contrato o ante el reconocimiento de oficio por parte de la Administración de la existencia de un enriquecimiento injusto sin base contractual previa o siendo ésta nula, la posible actuación de la Administración para exigir responsabilidad a su personal es muy limitada, pues si de dicha actuación es responsable un órgano político queda limitada la actuación a la oportuna responsabilidad política, salvo que pueda establecerse la existencia de daños a la Administración, en cuyo caso sería posible partir de éstos como base para el ejercicio de una posible acción de regreso, con independencia de las posibles responsabilidades que desde el punto de vista penal o contable pudieran haber surgido en razón de las concretas situaciones que se pudieran haber generado. Cuando tal infracción afecte a los funcionarios o empleados públicos relacionados con la Administración por una relación de trabajo, sólo se puede ejercer la responsabilidad disciplinaria, con las limitaciones en cuanto a la imputabilidad que se recogen en la norma y, en su caso, la de carácter contable que pudiera desprenderse de sus actuaciones y responsabilidades³⁹⁹.

Ante una contratación irregular, cualquiera que sea la decisión adoptada, cabe pensar en la existencia de responsabilidades por parte de los funcionarios y autoridades que sustanciaron o consintieron la contratación irregular. Las responsabilidades en que pueden incurrir los funcionarios y autoridades en relación con la tramitación de procedimientos de contratación pueden ser las reparatorias, que tienen por objeto resarcir a la Administración de los daños y perjuicios que le causaron sus funcionarios o sus gestores, y las sancionatorias, dirigidas a castigar determinadas actuaciones y conductas previamente tipificadas como socialmente reprochables⁴⁰⁰.

Las responsabilidades reparatorias son la responsabilidad administrativa patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios ocasionados, de conformidad con el inciso

³⁹⁸ STS de 15 de octubre de 1986 (Aranzadi RJ 1986\6046) y STS de 31 de octubre de 1986 (Aranzadi RJ 1986\5824).

³⁹⁹ Javier Barcelona Llop en «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 105, págs. 41 y ss.

⁴⁰⁰ «La responsabilidad contable derivada de la contratación del Sector Público» de Cubillo Rodríguez. Revista Española de Control Externo. Volumen X, N°30, octubre de 2008.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

primero de la DA 28.^a de la LCSP⁴⁰¹, la cual dispone que la responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación administrativa, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo IV, Sección 1.^a de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP) y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. La Responsabilidad contable, de conformidad con la doctrina más extendida, se entiende como una responsabilidad civil extracontractual derivada del principio general de obligación de indemnizar daños previsto en el artículo 1.902 del Código Civil.

Las responsabilidades sancionatorias son la responsabilidad penal, derivada de las diversas conductas punibles recogidas en el Código Penal en relación con la actuación de los funcionarios y autoridades, o la responsabilidad disciplinaria, recogida en el Título VII del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. En materia de contratación, de acuerdo con el inciso 2.^o de la DA 28.^a de la LCSP, *«la infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas, dará lugar a responsabilidad disciplinaria que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia»*.

Nuestro ordenamiento jurídico actual no establece mecanismos satisfactorios en orden a la ejecución de una posible acción de regreso, de difícil cuantificación y ejercicio. A tal efecto, la exclusiva responsabilidad disciplinaria de los funcionarios es no sólo insuficiente, sino discriminatoria. No existe, al contrario que para el técnico proyectista, una previsión de responsabilidad para los directores de contrato que permiten, u ordenan, la ejecución de prestaciones complementarias sin previa aprobación del órgano de contratación.

La situación actual no es satisfactoria y no da respuesta adecuada al conjunto de las relaciones subyacentes que se derivan del reconocimiento del

⁴⁰¹ Disposición adicional vigésima octava. Responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas

1. La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación pública, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre (RCL 2015, 1478), del Régimen Jurídico del Sector Público, así como en la normativa reglamentaria de desarrollo de la misma.

2. La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas dará lugar a responsabilidad disciplinaria, que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

enriquecimiento injusto como fuente de las obligaciones en el Derecho Administrativo.

El carácter subsidiario del enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones aunque puede, en cierta medida, dar satisfacción a los derechos del contratista, que ve recuperado su patrimonio, al menos en la parte en que se ha enriquecido la Administración, su falta de previsión legal no permite establecer mecanismos adecuados de corrección del incumplimiento de las obligaciones de preparación y adjudicación de los contratos administrativos, que es, desde la perspectiva de la Administración, la institución a proteger.

Es cierto que no es posible evitar los motivos que dan lugar a la aparición del enriquecimiento injusto, pues pertenecen a la patología de la institución contractual y son siempre de posible aparición, y en consecuencia es necesaria la previsión de esta fuente alternativa de las obligaciones, pero a la vez no debería dejarse sin prever los efectos concretos del incumplimiento contractual del contrato o prestaciones complementarias no contratadas.

Algunas medidas encaminadas a evitar la igualdad de efectos económicos entre contrato y enriquecimiento injusto para fomentar un mayor interés del contratista en la realización de las prestaciones bajo la adecuada apariencia y forma contractual y sancionar en el ámbito de la Administración el incumplimiento de las obligaciones de gestión contractual, podrían ser: la previsión de un procedimiento para la convalidación de las prestaciones que pueden ser englobadas dentro del concepto de enriquecimiento injusto que exija, tras el oportuno expediente contradictorio y además de la verificación de los requisitos relativos a la realidad, valoración de la prestación, conformidad con la normativa sectorial, etc., una determinación por el órgano de contratación, con el valor de mera declaración a los efectos de la resolución del expediente, de las autoridades, funcionarios o agentes que han dado lugar al encargo de la prestación fuera del ámbito contractual o cuya actividad u omisión han dado lugar directamente a la necesidad de efectuar tal reconocimiento de enriquecimiento injusto; La concurrencia de una causa legitimadora, tal como el peligro inminente, previsión de grave daño para bienes o terceros en caso de no efectuar la prestación, emergencia, etc, justificaría una declaración de convalidación sin responsabilidad; La previsión legal de satisfacción al contratista de los enriquecimientos injustos producidas con base exclusivamente en los precios de ejecución material, sin adición a los mismos de gastos generales ni beneficio industrial, en la consideración que el valor de los bienes y obras recibidos debe ser exclusivamente el que se hubiera producido de haber efectuado la Administración dicha actividad por sus propios medios; El establecimiento de una acción de regreso contra las autoridades, funcionarios y agentes cuantificada en el coste financiero en que pudiera haber incurrido la Administración por la financiación de aquellas actuaciones previstas en el presupuesto y que no hayan podido ser realizadas con los medios de financiación establecidos en el mismo como consecuencia de tal reconocimiento, o del coste financiero de los créditos contratados, en caso de apelación al crédito, para la financiación de las prestaciones incluidas en el expediente de reconocimiento de la obligación por enriquecimiento

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

injusto; La previsión, al igual que sucede para los técnicos proyectistas, de cláusulas penales aplicables a los técnicos directores de obras en los casos en que las certificaciones y liquidaciones de obra excedan del importe previsto en el presupuesto y sus modificaciones previamente aprobadas; así como cuantificar la responsabilidad contractual por daños a la Administración, en el caso de los técnicos directores de obra, en el importe del coste de la financiación alternativa para el pago de las prestaciones complementarias y útiles cuyas modificaciones se han realizado sin previa aprobación del órgano de contratación. Y las acciones disciplinarias como consecuencia de dolo o negligencia⁴⁰².

⁴⁰² Jose Luis de Vicente Gonzalez: “Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local”

**CUARTA PARTE -
AGRUPACIONES SIN
PERSONALIDAD EN LA
NORMATIVA DE CONTRATACIÓN
CON EL SECTOR PÚBLICO**

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

INTRODUCCIÓN

Las asociaciones empresariales son ventajosas tanto para sus miembros como para el interés general porque dotan de mayor eficiencia, dinamismo y competitividad el funcionamiento del sector representado. Son importantes las asociaciones para que sus asociados puedan cumplir sus expectativas empresariales y encontrar su puesto en la sociedad y con ello un trabajo para el sustento personal y de su familia, haciendo de su actividad empresarial su medio de vida. Pero también al organizarse, los empresarios se hacen más competitivos.

La asociación como tendencia natural de las personas y como instrumento de participación constituye un fenómeno sociológico y económico respecto al cual los poderes públicos no pueden permanecer al margen y deben posibilitar su ejercicio. Es la unión de personas para la realización de una finalidad que puede ser económica (lucrativa o no lucrativa) pues el ánimo de lucro no es diferenciador entre sociedades y asociaciones y ambas potencian el libre desarrollo de la personalidad de los individuos que forman el grupo.

El legislador debe tener esto en cuenta al regular las asociaciones de empresarios o comunidades de empresa y facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas en el mercado. El asociacionismo constituye una exigencia de la sociedad contemporánea, en la que el individuo aislado carece frecuentemente de posibilidades reales de actuación frente a las poderosas y anónimas organizaciones empresariales⁴⁰³.

Es tarea primordial del Estado crear un marco institucional que facilite la actividad económica, en general, y la empresarial en particular pues es el sector público el encargado de delimitar la actuación de las empresas con objeto de salvaguardar los intereses generales. El desempeño de la actividad empresarial tiene repercusiones sociales y aporta a la economía un continuo dinamismo. La competencia a la que se enfrenta el empresario es producir bienes y servicios de

⁴⁰³ De interés los artículos de

“Asociaciones y Constitución” de Fernández Farreres. “Asociaciones y poderes públicos” de Garrigou Lagrange.

“Precisiones sobre el tratamiento jurisprudencial del derecho de asociación” de Pérez Sola en Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz- Rico.

“La asociación. Su régimen jurídico en Derecho español” de Sánchez de Frutos.

Pantaleón Prieto: “Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)”. Lluís y Navas: “Derecho de Asociaciones”.

Gonzalez Perez y Fernández Farreres: “Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

mejor calidad y más baratos para los consumidores. El beneficio que obtiene el empresario es solo una parte del resultado total que su actividad genera, pues ésta también produce efectos sobre otras empresas y empresarios, dota de nuevos sueldos y es objeto de impuestos que redistribuyen rentas, generando un continuo proceso indefinido de riqueza de la que toda la sociedad participa.

En favor de la unión o asociación de empresas o empresarios se declara nuestra Ley de apoyo al emprendedor que pretende, entre otros objetivos, favorecer la iniciativa emprendedora, y facilitar la creación de empresas y el contacto entre pequeños emprendedores para que puedan crear uniones de empresarios. La empresa entendida como una asociación de personas, sujetos de derecho que se unen para una finalidad determinada, posible y lícita.

Sin embargo, en la LCSP, al igual que sus antecesoras, el legislador utiliza el concepto de “capacidad de obrar” para poder ser contratista o realizar prestaciones para el sector público mediante un procedimiento de contratación y este concepto es el que lleva a la doctrina y a los órganos consultivos de contratación administrativa a hacer una interpretación restrictiva de las empresas que pueden contratar con el sector público, excluyendo aquellas que aunque realicen actividades empresariales o profesionales en el mercado de manera regular, carecen de personalidad jurídica. La Intervención y los servicios jurídicos de las Administraciones Públicas advierten a sus órganos de contratación de que no se deben realizar contratos con entidades carentes de personalidad jurídica salvo las excepciones recogidas en la propia ley.

Dentro de estas excepciones, desde hace tiempo, se encuentran las ute, uniones temporales de empresas que la normativa de contratación considera que son necesarias como asociaciones de empresarios para la realización de grandes proyectos administrativos aunque sean entidades carentes de personalidad jurídica. Son entidades constituidas por varias empresas que se unen expresamente y de forma temporal para la realización de un determinado contrato público, de forma que una vez finalizado el mismo se extinguen.

Actualmente, la LCSP regula dos figuras de gran importancia para la contratación pública que no tienen personalidad jurídica, las ute y las asociaciones para la innovación, a la vez que se excluye a las comunidades de bienes por su falta de capacidad de obrar y por tanto de personalidad jurídica cuando en realidad tienen un perfil muy similar a las ute.

La formación de uniones temporales de empresas (las ute) con objeto de concurrir a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos es un fenómeno muy común en la práctica. El éxito de esta agrupación se debe a sus notables ventajas, sobre todo para las empresas que licitan agrupadas (optimización de recurso, aumento de la cartera de pedidos, diversificación y compartición de riesgos, acceso a nuevos mercados, etc), pero también para las Administraciones públicas que contratan, en la medida en que se confía la ejecución del contrato a un

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

conjunto de empresas en vez de a un contratista único, lo que ofrece mayor garantía en la realización de la prestación o prestaciones contratadas.

Las ute están expresamente reconocidas en la legislación en materia de contratos públicos, que las contempla como una forma posible de concurrir a los procedimientos de adjudicación y muchas veces se recomiendan e incluso se fomentan por las Administraciones Públicas, como herramienta para permitir que las empresas de menor tamaño accedan a los contratos públicos de mayor relevancia. Objetivos que también podrían darse en las comunidades de bienes para las pequeñas y medianas empresas, entidades que tienen más tradición, son más numerosas y no crean ningún riesgo para la contratación con el sector público.

La otra entidad carente de personalidad jurídica que nos encontramos en la LCSP es la asociación para la innovación, cuya creación no tendrá lugar entre el órgano de contratación y los licitadores sino entre aquel y uno o más socios. Esta asociación es consecuencia de un procedimiento de contratación que tiene como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras para la ulterior adquisición de dichos productos, servicios u obras por la Administración. El procedimiento se puede dividir en cuatro fases, una convocatoria de licitación en base a la cual cualquier empresario puede formular una solicitud de participación y donde se realizará la selección de los candidatos, un proceso de negociación con los candidatos elegidos que se convertirán en licitadores, la creación de la asociación para la innovación con los socios y finalmente, por lo general, culminará con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes⁴⁰⁴.

CAPÍTULO PRIMERO.- LA UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS (UTE)

La 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, en su considerando 15, aclara que los grupos de operadores económicos, incluso cuando se hayan constituido con carácter de agrupación temporal, pueden participar en licitaciones sin que les resulte necesario adoptar una forma jurídica concreta para presentar una oferta o una solicitud de participación.

El artículo 19 de la misma Directiva dice que no podrán rechazarse operadores económicos que, con arreglo a la legislación del Estado miembro de establecimiento, estén habilitados para prestar un determinado servicio, por el mero hecho de que, con arreglo a la legislación del Estado miembro donde se adjudica el contrato, deban ser personas físicas o personas jurídicas. No obstante, en el caso de los contratos públicos que tengan por objeto servicios o trabajos de colocación e instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas que indiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional pertinente del personal responsable de ejecutar el contrato de que se trate.

⁴⁰⁴ Paz Ares-Rodríguez: “Uniones de empresas y grupos de sociedades”.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

En caso necesario, los poderes adjudicadores podrán precisar en los pliegos de la contratación las condiciones que deben reunir las agrupaciones de operadores económicos para cumplir los requisitos sobre situación económica y financiera o capacidad técnica y profesional, siempre que ello esté justificado por motivos objetivos y sea proporcionado. Los Estados miembros podrán establecer unas condiciones normalizadas para la forma en que las agrupaciones de operadores económicos cumplan con dichas condiciones. La ejecución de un contrato por agrupaciones de operadores económicos puede requerir establecer condiciones que no se impongan a participantes individuales. Dichas condiciones, que deben estar justificadas por motivos objetivos y ser proporcionadas, podrían incluir, por ejemplo, la necesidad de nombrar a un representante común o un socio principal a los efectos del procedimiento de licitación o solicitar información sobre su constitución.

No obstante, los poderes adjudicadores podrán exigir a las agrupaciones de operadores económicos que adopten una forma jurídica determinada cuando se les haya adjudicado el contrato, en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo.

La Ley 9/2017, de 8 noviembre de 2017, en su artículo 69, en relación a las uniones temporales de empresarios amplía de forma considerable la regulación anterior por razones de política legislativa interna y no de derecho de la Unión Europea (aun cuando las Directivas se refieren a esta cuestión). Se regulan los eventuales cambios que puedan sufrir este tipo de uniones y su eficacia sobre el contrato pero no hace una completa incorporación del art. 55 de la Directiva 2014/24.

En nuestra LCSP las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente podrán contratar con el sector público y así viene recogido y regulado en el art. 69 de la LCSP que sustituye lo establecido en el art. 59 del TRLCSP que, a su vez, reproduce la regulación de las uniones temporales de empresas del art. 24 del TRLCAP y al propio tiempo dota de rango legal la previsión contenida en el art. 24.2 del RGLCAP.

La LCSP desarrolla normativamente la figura de las uniones temporales de empresas (ute) más que como lo venían haciendo las legislaciones anteriores, acogiendo buena parte de la jurisprudencia y doctrina existentes en este ámbito. En este sentido, el nuevo texto establece qué sucede si durante la fase de licitación, o una vez formalizado el contrato, se modifica la composición de la ute (aumentando o disminuyendo el número de empresas que la integran, o sustituyendo una o varias), o se altera la cuota de participación de las empresas integrantes de la ute, o una de las integrantes queda incurso en un supuesto de prohibición de contratar o en un proceso de sucesión empresarial (fusión, escisión, etc.), o se declara a algún integrante en concurso de acreedores, incluso si ya está abierta la fase de liquidación. Es el artículo 69 de la LCSP (apartado 8 y 9) quien sistematiza las consecuencias de las situaciones descritas.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Algunos informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa (JCCA) y algunas sentencias de los Tribunales se refieren a las ute indistintamente como *Agrupaciones Temporales*, *Agrupaciones Temporales de Empresas* o, simplemente, *Agrupaciones*, pudiendo crear confusión respecto a las actuales *Agrupaciones de Interés económico*.⁴⁰⁵ Los motivos derivan de las diferentes normativas aplicables a este tipo de entidades que tienen su origen en las Agrupaciones Temporales de Empresas, que eran reguladas por Ley 196/1963, de 28 de diciembre, sobre Asociaciones y Uniones de empresas. Posteriormente, la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades diferenció las Uniones Temporales de la Agrupaciones Temporales. La Ley 18/1982 (LUTE) en su redacción original distinguía entre Uniones Temporales de Empresas y Agrupaciones de Empresas. Finalmente, la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, creó la figura de las Agrupaciones de Interés Económico, derogando a su vez los preceptos de la LUTE relativos a las Agrupaciones de Empresas.

En los trabajos parlamentarios en el Congreso de los Diputados al proyecto de Ley de 1994 se hablaba de “Agrupaciones de Empresarios” pero cuando el proyecto de Ley llega al Senado se sustituye esta denominación por la de “Uniones de Empresarios”, con el fin de no confundirlas con las Agrupaciones de Interés Económico, reguladas por la Ley 12/91, de 29 de abril.

La regulación de las Uniones Temporales de Empresas (ute) se lleva a cabo, fundamentalmente, en una norma de tipo fiscal, la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial y Regional (en lo sucesivo LUTE o Ley de UTE), modificada posteriormente por otras Leyes (Ley 43/1995 y 66 /1997, del Impuesto de Sociedades; Ley 46/2002 de Medidas Fiscales; Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

La LUTE desarrolla de modo detallado esta agrupación de empresas y contiene preceptos de aplicación en el ámbito de la contratación pública en aquello que no sea contrario a la propia regulación administrativa, artículos 69 de la LCSP y 61 del 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 (RGLCAP).

Las circunstancias del mercado, en especial el de obra pública, por su volumen o la especial complejidad técnica, imponen en ocasiones la colaboración entre varias empresas para la realización de una concreta obra. Los grados de implicación de una Empresa en esa colaboración pueden variar desde la posición

⁴⁰⁵ Juan Carlos Romar Villar. <http://contratodeobras.com/> 7 de febrero de 2014.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

subordinada del subcontratista frente al contratista principal al de igualdad entre las partes, aún con participaciones distintas, es el caso de la Unión Temporal.

Se pueden establecer una serie de notas definitorias de la ute como agrupación de empresas, a pesar de la regulación parcial y dispersa en normas de tipo fiscal y administrativo, no siempre coincidentes y de la falta de regulación civil y mercantil sobre la misma:

1.-Su falta de personalidad jurídica (art. 7.2 LUTE). Las ute son un sistema de colaboración por tiempo cierto entre empresarios para la ejecución de una obra, servicio o suministro, pero sin que, en ningún momento, lleguen a tener personalidad jurídica propia⁴⁰⁶. Los requisitos de capacidad y solvencia, al igual que la clasificación y la ausencia de circunstancias que prohíban la contratación han de referirse a los miembros que la conforman, pudiendo completar la solvencia de la que pudiera carecer alguno de ellos con la que tenga el resto de miembros de la unión⁴⁰⁷. Tal y como recoge la jurisprudencia, esta figura “no es algo que pueda encarnar, frente a la Administración contratante, y al margen de las personas de sus componentes, un separado centro subjetivo de imputación de derechos y obligaciones.”⁴⁰⁸

A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato” (art.69.3 LCSP).

Hay que tener en cuenta el límite establecido en el art. 139.3 de la LCSP, sobre la posibilidad de concurrir a las licitaciones por separado los empresarios que estén agrupados en una ute o la de agruparse en más de una. La infracción de esta norma dará lugar a la no admisión de todas las propuestas suscritas por el mismo.

La ute, aun careciendo de personalidad jurídica, no deja de constituir un ente con una cierta subjetividad o semipersonalidad, que supone, entre otras consecuencias, que las decisiones se adopten en su seno conforme a las mayorías establecidas en los estatutos que regulan la ute. La Ley les permite operar por sí misma en determinados ámbitos de las relaciones jurídicas (legitimación activa y

⁴⁰⁶ Sentencia de Audiencia Nacional - Sala de lo Contencioso, 16 de Mayo de 2011. Tal y como ha quedado acreditado la UTE aun cuando no tenga personalidad jurídica propia no se identifica con las personas jurídicas que integran la asociación empresarial.

⁴⁰⁷ Lo expresa el artículo 24 del RGLCAP en los siguientes términos: “En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia”.

⁴⁰⁸ STS 3416/2001.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

pasiva en un proceso judicial), asimilándola la jurisprudencia a las uniones sin personalidad, a las que se le reconoce esta capacidad en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es sujeto de derechos y obligaciones en sus relaciones con la Administración Tributaria, en materia laboral y de prevención de riesgos y puede contratar por sí empleados, debiendo entonces inscribirse en el Registro de Empresas Acreditadas⁴⁰⁹.

Al carecer de personalidad jurídica la ute, la oferta es en realidad de todos los partícipes conjuntamente, de forma que la incorporación de un nuevo empresario equivaldría jurídicamente a la incorporación de un nuevo contratista (conjuntamente con los demás que conforman la ute) frente a la Administración y no podría hacerse sin la conformidad previa de la Administración, es decir, de la otra parte en el contrato administrativo. La entrada del tercero puede ser por la sustitución completa de uno de los que hasta ese momento era miembro de la UTE o manteniendo como miembro de la ute al transmisor de parte de su porcentaje de participación. En este último caso sería más fácil de obtener la autorización de la Administración, ya que la incorporación del tercero a la ute beneficiaría a la Administración, que tendría frente a sí, sometida al régimen de responsabilidad solidaria, a una empresa adicional respecto de las que conformaban en origen la ute.

2.- Los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y por lo tanto, la exigencia de capacidad de obrar de cada empresario es absolutamente necesaria para que tenga lugar el efecto propio de la solidaridad⁴¹⁰. La naturaleza solidaria de la obligación supone que cada uno de los miembros de la Unión Temporal responde frente a terceros del total cumplimiento de las obligaciones, de forma ilimitada con su propio patrimonio, sin que ello excluya el posterior derecho de repetición del que paga para exigir a sus codeudores la parte que les corresponde (art. 1145 Cc).

⁴⁰⁹ Sentencia de TSJ Castilla y León (Burgos), Sala de lo Contencioso, 11 de Noviembre de 2005. la UTE aunque no tenga personalidad jurídica propia, si es un ente titular de derechos y obligaciones (sujetos pasivo de los tributos indirectos que corresponda satisfacer a dicha Unión como consecuencia del ejercicio de la actividad que realice.

⁴¹⁰ Art. 69. 3. Los empresarios que concurren 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, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

Sentencia de TSJ Andalucía (Sevilla), Sala de lo Contencioso, 20 de Diciembre de 2000. Las Empresas miembros de la Unión Temporal quedarán solidariamente obligadas frente a la Administración Tributaria por las retenciones en la fuente a cuenta de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas o sobre Sociedades que la Unión venga obligada a realizar, así como por otros tributos.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Terceros son tanto los que sean parte en un contrato con la ute (cliente, proveedor, etc.), como aquellos otros que puedan verse perjudicados sin tener con ella ninguna relación contractual, pues el carácter solidario de esas obligaciones se debe referir tanto a las contractuales como a las extracontractuales⁴¹¹.

La falta de personalidad jurídica y la ausencia de patrimonio⁴¹² implica que “*la responsabilidad de los integrantes de la ute frente a terceros, por los actos y operaciones en beneficio del común, será en todo caso solidaria e ilimitada*”(art. 8.e.8 LUTE). El concepto de responsabilidad solidaria se recoge en el Código Civil (Cc) en su artículo 1138⁴¹³. La tutela de los intereses de terceros está totalmente protegida.⁴¹⁴

Se entiende por patrimonio el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que se atribuye a una persona y sirve de garantía general al derecho de los acreedores, siendo los miembros de la ute los que responden directa e ilimitadamente con su patrimonio por los actos que realizan dentro o a través de la ute. No obstante, puede existir un fondo operativo común previsto en la LUTE (art.8.e.5.) contra el que podrán dirigirse los acreedores, al igual que contra los ingresos que obtenga la ute con su actividad y se encuentren depositados en una cuenta bancaria a su nombre, sin que ello limite la posibilidad del acreedor de reclamar frente a los integrantes de la Unión.

No es oponible frente a terceros el pacto interno por el que se exima de responsabilidad a alguno de los socios por ser contrario al principio de responsabilidad solidaria e ilimitada. Los pactos que limiten la responsabilidad de sus miembros, sí tendrán su eficacia entre los integrantes de la ute, en su caso, al ejercer el posterior derecho de repetición del que paga para exigir a sus codeudores la parte que les corresponde (art. 1145 Cc).

⁴¹¹ Sentencia nº 51/2004 de AP Las Palmas, Sección 4ª, 16 de Enero de 2004. La acción ejecutiva debe dirigirse contra la UTE, por ser la firmante del pagaré, resultando por ello legitimada para ser demandada pues si bien la UTE no tiene personalidad jurídica propia, la propia ley establece la responsabilidad solidaria e ilimitada de sus miembros contra terceros de los actos y operaciones en beneficio común.

⁴¹² Sentencia nº 299/2008 de AP Barcelona, Sección 4ª, 3 de Junio de 2008. No se constituyó un patrimonio común propio de la UTE, porque la misma carece de personalidad jurídica propia.

⁴¹³ Sentencia nº 305/2012 de AP Valladolid, Sección 3ª, 15 de Octubre de 2012. Las empresas miembros de una agrupación temporal de empresas (UTE) tienen una responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las actividades desarrolladas por dicha agrupación, ya que esta última carece de personalidad jurídica; a este respecto.

⁴¹⁴ Sentencia nº 1991/2008 de TSJ País Vasco (Bilbao), Sala de lo Social, 22 de Julio de 2008. la UTE no tiene personalidad jurídica propia, lo cual determina que sean sus componentes los responsables directos de las deudas de la misma, de forma solidaria entre todos ellos.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La naturaleza ilimitada de la responsabilidad supone que el tercero podrá reclamar a cualquiera de las empresas miembros de la unión, individualmente, la totalidad de la obligación que la ute debe afrontar, independientemente del porcentaje de participación de esa empresa en la ute. Lo habitual será que la reclamación se realice frente a todos los miembros de la ute y a la ute misma.

Cuando la legislación de contratos se refiere explícitamente a que la Administración puede contratar con una ute, la realidad es que jurídicamente está contratando conjuntamente con todos los miembros de la ute, así que aunque habitual identificar a la ute como la contratista, en realidad son los miembros de la ute conjuntamente los contratistas (principio de responsabilidad solidaria).

Teniendo en cuenta que el contrato administrativo existe desde la adjudicación y que en la ute quienes contratan con la Administración son conjuntamente todos los empresarios que forman parte de la misma, cabría plantearse si podría retirarse uno de los miembros de la ute o cambiar su porcentaje de participación y, si se admitiera, estaríamos o no ante una cesión de contratos.

Durante la fase de ejecución, para la transmisión de todo el porcentaje de participación de uno de los miembros a favor de otros partícipes de la ute, sin cambio de control, es necesaria la previa autorización de la Administración, pero no porque el supuesto deba ser considerado como una cesión de contrato, sino por el hecho de que el abandono de uno de los miembros de la ute perjudicará la posición de la Administración bajo el prisma del principio de responsabilidad solidaria; la Administración perderá la oportunidad de poder dirigirse contra el miembro que abandona la ute pues la Administración contrata con los miembros de la ute, no con ésta, que carece de personalidad jurídica. Esta postura llevaría consigo que no pudieran admitirse transmisiones con cambio de control en la ute hasta que se hubiera ejecutado al menos el 20% del importe del contrato o su explotación efectiva durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato.⁴¹⁵

⁴¹⁵ Art. 96.5. Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurren en la unión empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea ni de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, los que pertenezcan a los dos primeros grupos deberán acreditar su clasificación, y estos últimos su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

6. A los efectos de valorar y apreciar la concurrencia del requisito de clasificación, respecto de los empresarios que concurren agrupados se atenderá, en la forma que reglamentariamente se determine, a las características acumuladas de cada uno de ellos, expresadas en sus respectivas clasificaciones. En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresa de obras, sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea y de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en el apartado 4 del presente artículo.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

3.- Los miembros de la ute deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión para facilitar la relación entre los obligados solidariamente y la Administración contratante, con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que se puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

El Gerente único es la figura mediante la que se obliga la ute y tendrá poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes. Las actuaciones de la Unión Temporal se realizarán precisamente a través del Gerente, haciéndolo éste constar así en cuantos actos y contratos suscriba en nombre de la unión (art. 8.d de la LUTE)⁴¹⁶.

No obstante, la doctrina entiende que existe la posibilidad de que uno sólo de los miembros de la ute, actuando en beneficio de la agrupación y no existiendo oposición por parte del resto de los miembros, puede actuar por sí mismo, al menos a la hora de impugnar actos administrativos en el proceso de contratación.⁴¹⁷

4.-El carácter temporal de las ute, dado que se constituyen para un fin determinado, alcanzado el mismo deben extinguirse. El artículo 7 de la LUTE define la ute en razón a esta temporalidad: “Tendrá 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”⁴¹⁸.

7. Los empresarios que estén interesados en formar las uniones a las que se refiere el presente artículo, podrán darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, que especificará esta circunstancia. Si ya estuvieran inscritos en el citado Registro únicamente deberán comunicarle a este, en la forma que se establezca reglamentariamente, su interés en el sentido indicado.

⁴¹⁶ Sentencia nº 840/2004 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 29 de Julio de 2004. Se exige la existencia de un administrador de la Unión Temporal con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes.

⁴¹⁷ STS 9105/2012.

⁴¹⁸ Sentencia de TSJ Cataluña (Barcelona), Sala de lo Contencioso, 13 de Marzo de 2001.

El legislador ha previsto esta figura social de las UTE como sistema de colaboración entre empresarios para el desarrollo de una obra o servicio.

Sentencia de Audiencia Nacional - Sala de lo Contencioso, 19 de Julio de 2007.

Las Uniones Temporales de Empresas (UTES) responden a la búsqueda de nuevas formas, societarias o no, que hagan posible la realización de ambiciosos proyectos empresariales. Define el art. 7 de la Ley 18/1982 a las Uniones Temporales de Empresas como un sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Según la LCSP (art. 69.4) “*la duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente con la del contrato hasta su extinción.*” Las uniones temporales de empresas tendrán una duración idéntica a la de la obra, servicio o suministro que constituya su objeto. La duración máxima la marca la legislación de contratos del sector público y para el cómputo de la duración no solo se tendrá en cuenta el plazo inicial de ejecución, sino también las prórrogas que pudieran ser concedidas, y las obras complementarias pues “*también podrán desarrollar o ejecutar obra y servicios complementarios y accesorios del objeto principal*”.⁴¹⁹ En la práctica la extinción ordinaria de la ute no tendrá lugar una vez ejecutada la prestación objeto del contrato, sino una vez haya transcurrido el periodo de garantía.

La LCSP al contrario que la LUTE, no establece periodos máximos de duración de la ute, sí en cambio establece periodos máximos de duración de ciertos contratos que suponen diferencias con los señalados por la LUTE para la duración de las ute. Es decir, los límites previstos por LCSP, lo son para la duración de los contratos señalados, sean o no ejecutados por una ute.

El Informe de la JCCA nº 11/2002, de 13 de junio, sobre duración de las uniones temporales de empresarios y la posibilidad de aplicar respecto de las mismas el límite de diez años establecido en la Ley 8/82, de 26 de mayo y también el MEH 11/2002, consideran que el precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 69.4 LCSP) no admite otra interpretación que la duración de la unión temporal de empresarios, a efectos de la contratación administrativa, deberá coincidir con la propia duración del contrato, sin perjuicio de que, a otros efectos, como son los fiscales, deba aplicarse la regla de duración de la Ley 18/1982, de 26 de mayo.”La reforma introducida por la Ley 46/2002 en la LUTE, amplió de 10 a 25 años, el plazo máximo de duración de las ute a los efectos de poder acogerse a los beneficios fiscales.

5.-La formalización en escritura pública no es necesaria hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor (art. 69.1 LCSP)⁴²⁰.

⁴¹⁹ Limitando en todo el caso el plazo máximo de duración de las mismas en el artículo 8.c.

⁴²⁰ Art. 69.8 LCSP. 8. Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese la modificación de la composición de la unión temporal de empresas, esta quedará excluida del procedimiento. No tendrá la consideración de modificación de la composición la alteración de la participación de las empresas siempre que se mantenga la misma clasificación. Quedará excluida también del procedimiento de adjudicación del contrato la unión temporal de empresas cuando alguna o algunas de las empresas que la integren quedase incurso en prohibición de contratar.

Las operaciones de fusión, escisión y aportación o transmisión de rama de actividad de que sean objeto alguna o algunas empresas integradas en una unión temporal no impedirán la continuación de esta en el procedimiento de adjudicación. En el caso de que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad, no

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Se plantea si la ute se constituye en el momento de concurrencia de voluntades de diversas empresas con ese fin o si es el otorgamiento de escritura pública lo que da lugar al nacimiento de la ute. Al menos en el orden de la contratación pública, la redacción del artículo 69.1 LCSP afirma la existencia de la Unión Temporal en el momento en que se presenta la oferta y la indispensable obligación de formalizar la constitución en escritura pública caso de resultar adjudicataria del contrato. Sin embargo no establece cual ha de ser el contenido mínimo de la escritura que si recoge la LUTE, donde se hará constar el nombre, apellidos, razón social de los otorgantes, su nacionalidad y su domicilio; la voluntad de los otorgantes de constituir la Unión y los estatutos o pactos que han de regir el funcionamiento de la Unión.

Una vez formalizado el contrato con una unión temporal de empresas, se observarán las siguientes reglas:

a) Cuando la modificación de la composición de la unión temporal suponga el aumento del número de empresas, la disminución del mismo, o la sustitución de una o varias por otra u otras, se necesitará la autorización previa y expresa del órgano de contratación, debiendo haberse ejecutado el contrato al menos en un 20 por ciento de su importe o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que se haya efectuado su explotación durante al menos la quinta parte del plazo de duración del contrato. En todo caso será necesario que se mantenga la solvencia o clasificación exigida y que en la nueva configuración de la unión temporal las empresas que la integren tengan plena capacidad de obrar y no estén incursas en prohibición de contratar.

b) Cuando tenga lugar respecto de alguna o algunas empresas integrantes de la unión temporal operaciones de fusión, escisión o transmisión de rama de actividad, continuará la ejecución del contrato con la unión temporal adjudicataria. En el caso 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 integrantes de la unión temporal, será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida.

c) Cuando alguna o algunas de las empresas integrantes de la unión temporal fuesen declaradas en concurso de acreedores y aun cuando se hubiera abierto la fase de liquidación, continuará la ejecución del contrato con la empresa o empresas restantes siempre que estas cumplan los requisitos de solvencia o clasificación exigidos.

sean empresas integrantes de la unión temporal, será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La información pública de los contratos adjudicados a estas uniones incluirá los nombres de las empresas participantes y la participación porcentual de cada una de ellas en la Unión Temporal de Empresas, sin perjuicio de la publicación en el Registro Especial de Uniones Temporales de Empresas.

LAS UNIONES DE EMPRESAS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

Este apartado no pretende entrar en valoraciones ni comparaciones sobre lo establecido en el anteproyecto que, por otro lado, en estos momentos, está parado, devuelto al Gobierno y pendiente de informes. La única intención es poner de manifiesto que existe una intención legislativa de tratar esta figura desde el punto de vista mercantil y en principio según lo recogido en el propio anteproyecto.

El anteproyecto de Código Mercantil reserva el último Título del Libro segundo del Código a las uniones de empresas, materia especialmente necesitada de un tratamiento jurídico acorde con su interés e importancia, como tantas veces se ha puesto de manifiesto. Dentro de esta categoría se han integrado los grupos de sociedades, las agrupaciones de interés económico y las uniones temporales de empresas, estimando que se trata de los tres supuestos que han adquirido relevancia normativa y práctica en nuestro entorno jurídico y recoge expresamente que el grupo de sociedades carece de personalidad jurídica.

Ese Título incorpora una de las novedades más significativas del proyectado nuevo Código Mercantil en lo que afecta al Derecho español de sociedades, en la medida en que, por primera vez, se recogen varias figuras cuya regulación en la actualidad se encuentra dispersa en distintas normas legales. En concreto, se incorporan a la norma proyectada tres figuras cuyo desarrollo se aborda en tres capítulos distintos: los grupos de sociedades (Capítulo I), las agrupaciones de interés económico (Capítulo II) y las uniones temporales de empresas (Capítulo III)⁴²¹.

Las uniones temporales son sociedades mercantiles constituidas por dos o más personas naturales o jurídicas que tienen como objeto exclusivo la ejecución de una obra determinada o la realización de un servicio concreto dentro o fuera del territorio español. La unión temporal podrá desarrollar cuantas actividades accesorias sean necesarias para la realización de su objeto exclusivo. Los socios de las uniones temporales deberán ser personas naturales o jurídicas que tengan la consideración de operadores económicos conforme a este Código.

⁴²¹ Capítulo III De las uniones temporales de empresas.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

La denominación de la sociedad se constituirá conforme a lo establecido en este Código para la denominación de la sociedad colectiva, acompañada de la indicación de la obra, el servicio o el suministro que constituya su objeto. En la denominación deberá figurar la expresión “unión temporal de empresas” o su abreviatura UTE.

La unión temporal se constituirá en escritura pública. En la escritura pública deberá expresarse la identidad de todos los miembros que la constituyen, la denominación de la unión temporal, la determinación de su objeto exclusivo, el domicilio social, la duración, así como las aportaciones al fondo operativo que, en su caso, realice cada uno de sus socios, la participación de cada uno de ellos en la unión temporal, la distribución de sus resultados, la identidad del gerente y los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los otorgantes consideren conveniente establecer. La unión temporal deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, sin perjuicio de la posterior inscripción en el Registro administrativo que corresponda.

Los miembros de la unión temporal responderán personal, ilimitada y solidariamente entre sí y con la unión temporal del cumplimiento de las deudas de ésta. Salvo pacto en contrario, la regla interna de participación en la responsabilidad será proporcional a la cuota en la unión temporal. La administración y representación de la unión temporal corresponderá a un gerente, que podrá ser persona natural o jurídica.

En el Capítulo I, de los grupos de sociedades dice que existe grupo: a) Cuando una sociedad controle a otra o cuando varias sociedades estén controladas por una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese control. El criterio del control es el elemento nuclear de los grupos por subordinación o de estructura jerarquizada, con sociedad dominante y sociedades dependientes o dominadas y b) Cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo una dirección única por virtud de pactos o contratos entre ellas. Los grupos por coordinación son aquellos grupos en los que dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo un poder de dirección unitario y común.

Un aspecto significativo de estas formas de unión empresarial es el de la existencia o no de personalidad jurídica de las mismas. El Proyecto sólo alude a la ausencia de personalidad jurídica en el caso del grupo de sociedades⁴²², sin embargo silencia esta importante cuestión al tratar las agrupaciones de interés económico y las uniones temporales de empresas. La memoria de análisis del impacto normativo del Anteproyecto no da cuenta de las razones de la omisión y se limita a señalar que "en ambos casos se ha tomado como referencia la normativa

⁴²² Artículo 291-1, apartado segundo ("El grupo de sociedades carece de personalidad jurídica").

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

específica que las venía contemplando". Esta cuestión de la personalidad jurídica ha sido uno de los aspectos que, en la normativa vigente, ha servido para caracterizar a una y otra figura⁴²³. La omisión es especialmente perturbadora en el caso de las Uniones Temporales de Empresas por cuanto el artículo 293.1 del Anteproyecto, al definir la "noción de unión temporal de empresas", se refiere a éstas como "sociedades mercantiles".

La cuestión del reconocimiento o no de personalidad jurídica a estas figuras tiene importantes consecuencias. En este sentido, el Consejo de Estado desea llamar la atención sobre el hecho de que la norma proyectada pretende ser el texto de referencia que permita establecer un concepto unitario de cada una de estas figuras que, si bien se limita al ámbito mercantil, tendrá importantes consecuencias en otras ramas jurídicas. Esto es especialmente significativo en el caso de las uniones temporales de empresas, por las implicaciones que la figura tiene en la contratación pública y privada y, sobre todo, en el ámbito del Derecho tributario⁴²⁴. Por ello, considera conveniente incluir una referencia expresa a la personalidad jurídica o, en su caso, a la falta de ella, en ambos tipos de uniones empresariales.

En atención, tanto a la finalidad propia y duración temporal de esas uniones, como a su propia naturaleza, no resulta adecuado aplicarles, sin matices, todas las normas que disciplinan el régimen de las sociedades mercantiles. Esto es especialmente claro si se tienen en cuenta las peculiaridades que contempla el proyecto de Código en relación con estas uniones. Así, existen peculiaridades en cuanto a su constitución (artículo 293.4), en cuanto al régimen de administración, atribuido a un "gerente" (artículo 293.5) y en cuanto al régimen especial de responsabilidad por deudas (artículo 293.6). Por todo ello, a juicio del Consejo, resultaría conveniente eliminar las referencias a la "sociedad mercantil" (artículos 293.1 y 293.3) y al "domicilio social" (artículo 293.4, apartado 2), así como sustituir la mención a los "socios" (292-. y 293.4, apartado 2) por la más acertada de "miembros de la unión temporal" (que emplea el artículo 293.6, apartado 1).

Tanto las agrupaciones de interés económico como las uniones temporales de empresas son figuras que cuentan hoy con una asentada aceptación en la práctica, lo que ha permitido que unas y otras hayan venido desarrollando sus funciones según su perfil propio. En lo que se refiere a las uniones temporales de empresas, como mantiene la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de

⁴²³ Así, el artículo 1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico declara expresamente que "las Agrupaciones de Interés Económico tendrán personalidad jurídica" y, de la misma manera, el artículo séptimo, apartado dos de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional, dispone que "la Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia".

⁴²⁴ En aplicación de la disposición derogatoria única, apartado tres, número 3º, del Anteproyecto, quedarían en vigor los aspectos de régimen fiscal de estas uniones, según se regulan actualmente en la Ley 18/1982.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

2012, su finalidad "no es otra que ser una figura asociativa, nacida de un contrato de colaboración y carente de personalidad jurídica, que se constituye exclusivamente entre empresarios, con una duración limitada, para la ejecución y desarrollo de una obra, servicio o suministro, en condiciones tributarias ventajosas."

CAPÍTULO SEGUNDO.- LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA QUE BUSCA LA INNOVACIÓN

La contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo sino que constituye una herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o de sus políticas públicas. La CPI contempla entre sus objetivos mejorar los servicios públicos mediante la incorporación de bienes o servicios innovadores, fomentar la innovación empresarial o impulsar la internacionalización de la innovación. Es importante aprovechar sus posibilidades para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020 y con ello el crecimiento futuro en Europa y es adecuada para consolidar a las PYME dedicadas a la innovación.

Una economía basada en el conocimiento y la innovación para un crecimiento más equilibrado, diversificado y sostenible, exige unas medidas de cambio y potenciar una comunidad científica y técnica, profesionalizada y competitiva. Se pretende la movilización de los recursos necesarios para la consecución de innovaciones que supongan un avance y que los resultados de la investigación lleguen al mercado creando nuevas oportunidades de negocio. Es necesario un marco único y coherente de normativa, regulación y normalización, que dé lugar a políticas adecuadas y a su ejecución. Para que el modelo de innovación sea eficaz requiere coordinación entre los agentes y en especial entre Universidades, Centros Tecnológicos y Empresas, promover la colaboración público-privada a nivel nacional orientada a la innovación, así como un mercado y una cultura para la innovación⁴²⁵.

Las asociaciones europeas para la innovación adoptan un nuevo enfoque para abordar en su integridad la cadena investigación–desarrollo–innovación, reuniendo a los agentes del sector público y el sector privado de distintos países con objeto de acelerar la asimilación de la innovación y alcanzar resultados que un país o empresa por sí solos tengan menos probabilidades de conseguir. Europa debe invertir más y mejor en investigación e innovación, pero los progresos hacia el objetivo de Europa 2020 de invertir el 3 % del PIB en I+D son lentos. La Comisión Europea insta a los Estados miembros para que reserven partidas presupuestarias específicas para contratación precomercial y contratación pública de productos y servicios innovadores, ofreciendo apoyo financiero y asesoramiento, recordando

⁴²⁵ María Ángeles García: "La universidad sujeto de la asociación para la innovación". Revista española de la Función consultiva. Núm. 23. Pp 161-183.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

que la participación de las PYME innovadoras en las compras públicas generará una competencia más intensa.

Incrementar la oferta científico-técnica requiere, además de consolidar una estructura investigadora sólida de vanguardia, reforzar el gasto público en investigación de calidad y desarrollo experimental con el fin de promover y rentabilizar la inversión privada en I+D+i. Se deben desarrollar nuevos modelos de colaboración entre los sectores públicos y privados estableciendo un vínculo entre la Innovación y la Industria (reindustrialización de Europa) y plantear acciones y explotaciones conjuntas de proyectos que beneficien a la sociedad.

Se apuesta por la incorporación de criterios sociales, medioambientales o de investigación en la contratación pública, pues ésta constituye un instrumento con el que los poderes públicos intervienen en la vida económica, social y política del país (Considerando 123). Sin embargo, ante las grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados, no se puede imponer a la contratación unos requisitos medioambientales, sociales y de innovación de carácter general y obligatorio (Considerando 95).

Los poderes públicos deben apoyar la difusión internacional de la tecnología española, consolidar proyectos empresariales de I+D+i y la comercialización, a nivel global, de nuevos productos y servicios innovadores, utilizando la contratación pública para fomentar la innovación⁴²⁶. En una situación de dificultades financieras de acceso al crédito, la asociación por la innovación es una oportunidad para las PYME innovadoras que pueden aportar soluciones.

Los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación (Considerando 47 de la Directiva). Una comunicación estrecha entre los poderes contratantes y las PYME innovadoras puede ser a través de reuniones, exposición de sus productos o mediante soluciones de ámbito tecnológico. Es importante reforzar los mecanismos de publicidad con anuncios de información previa y la utilización de los perfiles de contratante así como la centralización de la información mediante la Plataforma de Contratación del Sector Público.⁴²⁷ Así se crearía un mercado de la contratación pública para las innovaciones que mejoraría los servicios públicos.

La Directiva 2014/24/UE solo es aplicable en los casos en que no exista cofinanciación de los programas de investigación y desarrollo (I+D) por parte de la industria (que en cualquier caso debe fomentarse) y en que los resultados de las actividades de I+D sean imputables al poder adjudicador de que se trate

⁴²⁶ Considerando 47 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24, de 26 de febrero, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

⁴²⁷ Ley 20/2013 de Garantía de la Unidad de Mercado.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

(Considerando 35 de la Directiva). *No obstante, cualquier puesta en común ficticia de los resultados de I+D o cualquier participación simbólica en la retribución del proveedor de servicios no debe impedir la aplicación de la Directiva.*

Las entidades del Sector Público valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública. El apoyo en forma de subvención o incentivos directos a la I+D+i empresarial disminuye mientras la compra pública innovadora (CPI) aumenta, hay un desplazamiento del modelo subvencional hacia el modelo del contrato público. El fomento de la innovación es uno de los principales motores del crecimiento futuro (Considerando 47 de la Directiva). La Comisión europea ha establecido la presunción de que la ayuda del Estado no es incompatible con el mercado común cuando el contrato ha sido adjudicado de conformidad con el procedimiento previsto en las Directivas europeas y siempre que la retribución del adjudicatario se haya establecido de acuerdo con las condiciones normales del mercado para este tipo de transacciones.

La adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad. Contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, así como amplias ventajas económicas, medioambientales y sociales, al generar nuevas ideas, plasmarlas en productos y servicios innovadores y, de este modo, fomentar un crecimiento económico sostenible.⁴²⁸

La «Innovación» es definida por la Directiva 2014/24/UE como la introducción de un producto, servicio o proceso nuevo o significativamente mejorado, que incluye, aunque no se limita a ello, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, de organización del lugar de trabajo o de las relaciones exteriores, entre otros, con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (art 2 de la Directiva).

La Directiva europea prevé impulsar la innovación como instrumento para mejorar el valor de la contratación pública, orientada a maximizar el valor del producto o servicio ofertado, al menor coste. Supone cambios tanto para las empresas que deben responder a las demandas de las Administraciones, proponiendo soluciones creativas e innovadoras e incluso anticiparse a las mismas,

⁴²⁸ En la Comunicación de la Comisión de 14 de diciembre de 2007: “La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles” se expone una serie de modelos de contratación en relación con la prestación de dichos servicios de I+D que aunque no entran en el ámbito de aplicación de la Directiva seguirían estando para facilitar la contratación pública de innovación y ayudar a los Estados miembros a alcanzar los objetivos de la iniciativa «Unión por la innovación».

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

como para las Administraciones que deberán identificar y planificar las necesidades de compra y consultar al mercado antes de iniciar el proceso de licitación.⁴²⁹

Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento. Para ello los órganos de contratación podrán valerse del asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades independientes, colegios profesionales, o, incluso, con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado. Antes de iniciarse la consulta, el órgano de contratación publicará en el perfil de contratante ubicado en la Plataforma de contratación del Sector Público o servicio de información equivalente a nivel autonómico, el objeto de la misma, cuando se iniciara esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, a efectos de que puedan tener acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados. Asimismo en el perfil del contratante se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados. El asesoramiento será utilizado por el órgano de contratación para planificar el procedimiento de licitación y, también, durante la sustanciación del mismo, siempre y cuando ello no tenga el efecto de falsear la competencia o de vulnerar los principios de no discriminación y transparencia.

De las consultas realizadas no podrá resultar un objeto contractual tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados. El resultado de los estudios y consultas debe, en su caso, concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos, sin que en ningún caso, puedan las consultas realizadas comportar ventajas respecto de la adjudicación del contrato para las empresas participantes en aquellas, pero no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación, que en su caso se tramite, del participante en la consulta. Cuando el órgano de contratación haya realizado las consultas hará constar en un informe las actuaciones realizadas. En el informe se relacionarán los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas. Este informe estará motivado, formará parte del expediente de contratación, y estará sujeto a las mismas obligaciones de publicidad que los pliegos de condiciones, publicándose en todo caso en el perfil del contratante del órgano de contratación.

Con carácter general, el órgano de contratación al elaborar los pliegos deberá tener en cuenta los resultados de las consultas realizadas; de no ser así

⁴²⁹ Artículo 115 LCSP. Consultas preliminares del mercado.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

deberá dejar constancia de los motivos en el informe a que se refiere el párrafo anterior. En ningún caso durante el proceso de consultas el órgano de contratación podrá revelar a los participantes en el mismo las soluciones propuestas por los otros participantes, siendo las mismas solo conocidas íntegramente por aquel.

En el ámbito de la innovación y desarrollo, con la idea de favorecer a las empresas más innovadoras, destaca especialmente la introducción del nuevo procedimiento de asociación para la innovación, el cual se ha previsto expresamente para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración. Se trata, por tanto, de supuestos en que las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación.

Este procedimiento debe permitir a los poderes adjudicadores establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores, siempre que éstos se ajusten a un nivel acordado de prestaciones y de costes, sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición. Permitirá integrar en el marco de un mismo contrato tanto las actividades de servicio de investigación y desarrollo como la compra ulterior de los productos que sean resultado de esas actividades siempre que se ajusten a los máximos previamente establecidos. Pero teniendo siempre en cuenta que la exigencia de contratar una tecnología novedosa deviene de la necesidad de los productos finales y no viceversa⁴³⁰.

Este procedimiento específico, regulado en el art. 31 de la Directiva, que remite parcialmente a las reglas del procedimiento negociado, es un procedimiento nuevo para reforzar las soluciones innovadoras en la contratación pública, con el objetivo de poner a disposición de los ciudadanos los avances tecnológicos más eficientes y sostenibles que mejoren su calidad de vida y a la vez apoyar la investigación y competitividad del tejido empresarial. Se incorporan elementos para incentivar la innovación empresarial en todas las fases de los contratos, sin perjuicio de la posibilidad de realizar contrataciones específicas para productos o servicios que no estén disponibles directamente en el mercado y requieran un proceso de desarrollo específico, pero factible en un plazo de tiempo asumible para la necesidad que se trata de cubrir (Considerando 49). La obligación de los órganos de contratación es velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la

⁴³⁰ “La “asociación para la innovación”: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia” de Tardío Pato. 2016. Revista española de Derecho Administrativo Crónica. Editorial Civitas, SA. Núm.181.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato⁴³¹.

La compra pública que pone en valor el conocimiento y su transferencia, por su complejidad, exige profesionalización de los gestores, contar con un equipo de personas de formación multidisciplinar y con suficiente experiencia técnica en ámbitos diversos, como jurídico, técnico, económico, de gestión de proyectos, etc vinculados con el objeto del contrato. En muchos casos es necesario el asesoramiento de expertos propios o ajenos, asesores del órgano de contratación y de la mesa a lo largo del procedimiento, comité de expertos para valorar los criterios de adjudicación que requieran un juicio de valor, la definición del objeto a través de características funcionales, la elección de los mejores criterios de adjudicación o para el análisis de las ofertas.

Las asociaciones para la innovación a largo plazo, para la realización de grandes y no tan grandes proyectos, permitirán a las autoridades públicas abrir licitaciones para problemas específicos sin anticipar la solución de los mismos, dejando margen a los licitadores para que propongan ellos mismos los remedios. La Directiva perfila un proceso en el que tras una convocatoria de licitación, cualquier empresario puede formular una solicitud de participación, tras lo cual, los candidatos que resulten seleccionados podrán formular ofertas, convirtiéndose así en licitadores, en el marco de un proceso de negociación. Este podrá desarrollarse en fases sucesivas y culminará con la creación de la asociación para la innovación. Esta asociación para la innovación se estructurará a su vez en fases sucesivas, pero ya no tendrá lugar entre el órgano de contratación y los licitadores, sino entre aquel y uno o más socios y generalmente culminará con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes.

Se trata, por tanto, de un procedimiento en el que podrían distinguirse, esquemáticamente, cuatro momentos diferenciados: selección de candidatos, negociación con los licitadores, la asociación con los socios, y la adquisición del producto resultante. A este esquema responden los artículos de la Ley dedicados a la regulación de este nuevo procedimiento. Los contratos que se adjudiquen por este procedimiento se regirán:

a) En la fase de investigación y desarrollo, por las normas que se establezcan reglamentariamente, así como por las prescripciones contenidas en los correspondientes pliegos y supletoriamente por las normas del contrato de servicios.

⁴³¹ “Las Universidades como contratistas. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de diciembre de 2009. Caso Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze” de Oller Rubert. Revista española de Derecho Administrativo. Editorial Civitas, SA, parte Jurisprudencia. Núm. 147/2010.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

b) En la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros derivados de este procedimiento, por las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate.

En la fase preparatoria del contrato se deben realizar “*consultas preliminares al mercado*”⁴³² para conocer el producto o servicio que se precisa y las empresas que se lo pueden proporcionar. Estudio del estado del mercado para obtener información para las necesidades que pretende satisfacer y si es posible la elección de criterios adecuados para la adjudicación del contrato (art. 40 de la Directiva), al mismo tiempo que informa a los licitadores y agentes del mercado sobre los proyectos y los requisitos de contratación de los compradores públicos siempre que no dé lugar a ventajas desleales y falseamientos de la competencia.

El dialogo técnico con el mercado antes del comienzo del procedimiento de contratación es esencial y debe estar orientado a la definición de las especificaciones técnicas como exigencias funcionales, respetando el principio de transparencia y la garantía de confidencialidad⁴³³. El dialogo es también la forma de poner en conocimiento de los interesados aspectos sociales y medioambientales que la entidad contratante considera imprescindibles.

El órgano de contratación iniciará el procedimiento mediante la publicación de la convocatoria de licitación. La propuesta deber ser motivada por la autoridad contratante, se precisará la necesidad de los productos innovadores que no pueda ser satisfecha con productos, servicios u obras innovadores disponibles en el mercado (datos que recogerá el pliego de contratación), el carácter imprescindible de los mismos y su compra, así como la elección del procedimiento justificada en la necesidad de la tecnología y de los productos innovadores. Si algún operador económico acreditase la existencia de estos bienes o servicios se deberá retirar la convocatoria y acudir a un procedimiento ordinario para su adquisición⁴³⁴.

En los pliegos de la contratación, el poder adjudicador indicará qué elementos constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todos los licitadores, y definirá las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial. La información facilitada será lo suficientemente precisa

⁴³² Artículo 115 LCSP.

⁴³³ Artículo 133.1 LCSP. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

⁴³⁴ Artículo 177 LCSP. Caracterización del procedimiento de asociación para la innovación.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

como para que los empresarios puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la solución requerida y decidir si solicitan participar en el procedimiento.

El valor que se tendrá en cuenta será el valor máximo estimado, IVA excluido, de las actividades de investigación y desarrollo que se realizarán a lo largo de todas las etapas de la asociación prevista, así como de los suministros, servicios u obras que se desarrollarán y adquirirán al final y no será desproporcionado con respecto a la inversión necesaria para su desarrollo (art. 5.6 de la Directiva).

La Directiva 2014 impone el uso de las especificaciones funcionales al lado de las especificaciones técnicas y exige un grado de detalle suficiente para conocimiento del producto por los posibles interesados. Las especificaciones técnicas deben aportar una idea clara de lo que busca el poder contratante. Es necesario pasar del pliego de especificaciones técnicas al pliego de especificaciones funcionales como documento mediante el cual expresar sus necesidades en términos de funciones relacionadas con el usuario (funciones de servicio), incluyendo cláusulas que promuevan la innovación.

Cualquier empresario podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación, proporcionando la información sobre los criterios objetivos de solvencia que haya solicitado el órgano de contratación. El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación, cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada. En otro caso, dicho plazo no podrá ser inferior a veinte días contados desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante.

Solo podrán participar en el procedimiento los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación de la información facilitada, que podrán presentar proyectos de investigación e innovación destinados a responder a las necesidades señaladas por el órgano de contratación que no puedan satisfacerse con las soluciones existentes. A los efectos de seleccionar a los candidatos, los órganos de contratación aplicarán, en particular, criterios objetivos de solvencia relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como en la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras.

Los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos aptos que hayan de ser invitados a participar en el procedimiento pero que sean suficientes para garantizar una competencia real⁴³⁵. Siendo tres el número mínimo de empresarios a los que se invitará a negociar.

⁴³⁵ Artículo 178 LCSP. Selección de candidatos.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Las negociaciones durante los procedimientos de las asociaciones para la innovación podrán desarrollarse en fases sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación especificados en el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o en los pliegos de la contratación. El poder adjudicador indicará claramente en estos documentos si va a hacer uso de esta opción. Se deben definir con la mayor exactitud la relación de etapas, los criterios de adjudicación en cada una y las reglas para evaluación y exclusión de los candidatos.

Salvo que se disponga de otro modo, los poderes adjudicadores negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por estos, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido. No se negociarán los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación. Durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Informarán por escrito a todos los licitadores de todo cambio en las especificaciones técnicas u otros documentos de la contratación que no sea la que establece los requisitos mínimos. A raíz de tales cambios, los poderes adjudicadores darán a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas, según proceda.

No se debe prescindir de ofertas que no responden exactamente a las propiedades o características del producto definido en los pliegos y garanticen la neutralidad, ni realizar unas especificaciones demasiado detalladas que obstaculicen injustificadamente la apertura de la contratación pública a la competencia (equilibrio entre la precisión necesaria para adjudicar el contrato y la libertad creadora).

Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes que ofrezcan los licitadores, siempre que las variantes se prevean en los pliegos. Se trata de modificaciones del objeto del contrato sin desnaturalizarlo, prestaciones cualitativamente equivalentes al objeto de licitación. Se considerará que se cumple este requisito cuando se expresen los requisitos mínimos, modalidades, y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.

Se anima a los poderes adjudicadores a que permitan presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas (Considerando 74) y variantes con la mayor frecuencia posible (Considerando 48), posibilidad que debe recoger expresamente el pliego y se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación. Las precisiones de las variantes que se puedan admitir podrán hacer referencia a determinadas funcionalidades que puedan tener los bienes, obras o servicios objeto del contrato, o a la satisfacción adecuada de determinadas

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

necesidades. En los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios, los órganos de contratación que hayan autorizado la presentación de variantes no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato de servicios

Los contratos deben adjudicarse a favor de la oferta económicamente más ventajosa según la rentabilidad y ciclo de vida. La innovación puede ser un criterio de adjudicación, contemplado expresamente en el pliego y anuncio de licitación, así como la forma de valorarse pero teniendo en cuenta que al ser más cara no puede atribuirse al precio una ponderación excesiva. Los contratos se adjudicarán únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio, según lo dispuesto en el artículo 145.2 que es el más adecuado para comparar las ofertas de soluciones innovadoras (Consideración 49 de la Directiva). Puede haber más de un adjudicatario.

El órgano de contratación podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de investigación y desarrollo. Los poderes adjudicadores no deben utilizar las asociaciones para la innovación de tal manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada. El establecimiento de asociaciones para la innovación con varios socios podría contribuir a evitar esos efectos en determinados casos (Considerando 49 de la Directiva).⁴³⁶

La formalización del Acuerdo de Colaboración para la innovación debe producirse una vez concluida la selección entre los distintos licitadores que hayan presentado ofertas (tras la negociación). Concluida la selección de los candidatos, el órgano de contratación les invitará a presentar sus proyectos de investigación e innovación para responder a las necesidades a cubrir.

La asociación para la innovación se estructurará en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, que podrá incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras. El órgano de contratación velará por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de la solución innovadora.⁴³⁷

⁴³⁶ Artículo 179 LCSP. Negociación y adjudicación de la asociación.

⁴³⁷ Artículo 182 LCSP. Configuración y seguimiento de la asociación para la innovación por parte del órgano de contratación.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

El poder adjudicador fijará unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados. Sobre la base de esos objetivos, el órgano de contratación podrá decidir, al final de cada fase, resolver la asociación para la innovación o, en el caso de una asociación para la innovación con varios socios, reducir el número de socios mediante la resolución de los contratos individuales, siempre que el órgano de contratación haya indicado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que puede hacer uso de estas posibilidades y las condiciones en que puede hacerlo⁴³⁸. En ningún caso, la resolución de la asociación para la innovación o la reducción del número de candidatos participantes dará lugar a indemnización, sin perjuicio de la contraprestación que, en las condiciones establecidas en el pliego, corresponda por los trabajos realizados.

Finalizadas las fases de investigación y desarrollo, el órgano de contratación analizará si sus resultados alcanzan los niveles de rendimiento y costes acordados y resolverá lo procedente sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes. Las adquisiciones derivadas de asociaciones para la innovación se realizarán en los términos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Cuando la asociación se realice con varios empresarios la selección del empresario al que se deba efectuar dichas adquisiciones se realizará sobre la base de los criterios objetivos que se hayan establecido en el pliego⁴³⁹.

En el caso de que la adquisición de las obras, servicios o suministros conlleve la realización de prestaciones sucesivas, solo se podrá llevar a cabo durante un periodo máximo de cuatro años a partir de la recepción de la resolución sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros.

Cuando un licitador presenta una oferta está suministrando datos confidenciales que no quiere que conozcan sus competidores y la legislación de contratos reconoce el derecho de aquél a que no se divulgue esa información por lo que el rechazo de la oferta no implica que hayan de facilitarle de forma detallada la evaluación de la oferta seleccionada y las rechazadas. En los pliegos de la contratación, el poder adjudicador definirá las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial. La confidencialidad, principio inherente a toda contratación pública, debe ser especialmente vigilada. Hay que evitar políticas de competencia desleal. El poder adjudicador, no revelará a los otros socios las soluciones propuestas u otros datos confidenciales que comunique un socio en el marco de la asociación sin el acuerdo de este último. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la

⁴³⁸ Artículo 181 LCSP. Adquisiciones derivadas del procedimiento de asociación para la innovación.

⁴³⁹ Artículo 181 LCSP. Adquisiciones derivadas del procedimiento de asociación para la innovación.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

comunicación intencionada de información específica. (art. 179.6 LCSP). En concreto los derivados del desarrollo de una solución innovadora y de conseguirse un beneficio razonable.

El deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles. El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (RCL 1999, 3058) , de Protección de Datos de Carácter Personal. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida.

También el contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor que, en todo caso, deberá ser definido y limitado en el tiempo

El poder adjudicador aunque conserve el derecho exclusivo de utilizar los resultados de I+D en el ejercicio de su propia actividad, no debe excluir la posibilidad de que el proveedor de servicios que haya llevado a cabo esas actividades publique un informe al respecto.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

**QUINTA PARTE -
CONCLUSIONES**

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Para ser contratista del sector público se requiere estar en posesión de unos determinados requisitos: capacidad, ausencia de prohibiciones y solvencia económica y financiera y profesional o técnica, recogidos en la legislación de contratos públicos, y así el art. 65 de la LCSP únicamente reconoce capacidad para contratar con las Entidades del sector público a las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar. Por tanto, la falta de “capacidad” y con ello de personalidad jurídica no permite a las empresas-CB contratar con el sector público, según interpretación de los órganos consultivos en materia de contratación del sector público.

La LCSP mantiene en su contenido el concepto de “capacidad de obrar”, tanto para el contratista principal como para cualquier otro ejecutor del contrato público, sea por sucesión, cesión o subcontratación del contratista principal.

Mientras que la legislación civil, mercantil y laboral recoge en su normativa a la comunidad de bienes con sus derechos y obligaciones como tal, al margen de los miembros de la misma, tiene su CIF, paga sus tributos, está dada de alta y cotiza a la seguridad social, etc, nuestra normativa de contratación pública prohíbe a la empresa-CB contratar con el sector público.

La normativa europea, sin embargo, utiliza el término “operador económico” e incluso manifiesta expresamente que lo importante en las empresas licitadoras o candidatas a una contratación pública no está en su forma de constitución sino en sus habilidades o atributos profesionales. Busca, por lo tanto, la concurrencia y que los adjudicatarios sean aquellos que hayan presentado las mejores ofertas.

La diferencia terminológica de estas dos normativas es de tal importancia que según se utilice un término u otro, aquellas entidades carentes de personalidad jurídica cuando están habilitadas para la realización del objeto del contrato, podrían participar o no en los procedimientos de contratación con el sector público.

Por ese motivo (admisión o exclusión según terminología utilizada en la normativa) hay que tener presente que es importante la redacción de una norma para que sea adecuada pues la contratación pública influye de manera muy positiva en el crecimiento económico, el empleo y la productividad, incentiva la actividad empresarial, reduce los costes innecesarios, elimina los obstáculos a la innovación, garantiza la seguridad jurídica y permite alcanzar los objetivos sociales y medioambientales sin que los costes administrativos sean desproporcionados. Por tanto cuando se legisla es deseable tener en cuenta el impacto global de su aplicación porque de no ser así no se producirán los efectos esperados.

No se puede excluir a las empresas-CB por el simple hecho de carecer de personalidad jurídica mientras que, por otra parte, se están creando figuras legales, como las Uniones Temporales de Empresas (ute) o las Asociaciones para la Innovación, para llevar a cabo proyectos de relevancia administrativa sin importar

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

que carezcan de personalidad jurídica. La falta de personalidad y con ello de capacidad no priva de garantías por sí misma para poder contratar con el Sector Público de forma segura, ni el interés general se ve vulnerado por la falta de personalidad de las empresas-CB.

Esta exclusión del procedimiento de contratación por carencia de personalidad en las empresas-CB no es ventajosa para nadie, sino que más bien se están vulnerando algunos derechos fundamentales, pues los emprendedores se unen para realizar una actividad económica, desarrollando sus habilidades artísticas, empresariales, industriales o profesionales para obtener unas ganancias o ingresos con que mantenerse ellos y su familia. Emprendedores que en algunas ocasiones no pueden enfrentarse a unas formalidades legales que suponen un gasto añadido importante.

Las limitaciones legales para participar en los procedimientos de contratación y ser contratistas suponen un recorte sustancial de derechos y libertades fundamentales (libertad de empresa, al trabajo, de asociación, de subsistencia, de participación en la vida económica, etc.), pues la razón de ser de cualquier empresa es contratar, vender sus productos o servicios para poder subsistir, siendo el sector público quien proporciona una fuente de ingresos importante a los contratistas dado el grado de contratación pública que realiza y con ello la cantidad de dinero que moviliza.

El TJUE ha considerado que las medidas nacionales que restrinjan el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado destinado a garantizar la libre prestación de servicios, únicamente pueden justificarse si reúnen cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. La utilización del término “capacidad de obrar” no está justificada por razones de interés general y discrimina a un determinado colectivo de empresas que han decidido constituirse como comunidad de bienes. La participación de estas entidades cuando están habilitadas y son competentes para realizar las prestaciones objeto del contrato en ningún caso implica un riesgo pues están avaladas por la responsabilidad de sus miembros o comuneros de forma solidaria y el aumento de la competencia beneficia al sector público en la búsqueda de la mejor oferta.

Son importantes las asociaciones para que sus asociados puedan cumplir sus expectativas empresariales y al organizarse los empresarios se hacen más competitivos. La cooperación empresarial favorece el abaratamiento de costes, el aprovechamiento de los recursos comunes, distribuyendo mejor los riesgos implícitos a proyectos en donde una sola empresa pueda ver comprometido su futuro. El carácter asociativo es elemental en la naturaleza humana y protegido constitucionalmente.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Lo definitorio del grupo de empresas es que los componentes del grupo gozan de autonomía y personalidad jurídica propia como personas físicas o jurídicas, como empresas diferenciadas que son; pero la concentración, el grupo, genera vínculos económicos y organizativos derivados del propósito principal que es la obtención de un fin empresarial común, unidad económica a la que se subordinan todas las empresas componentes, que se refleja en la acción unitaria al exterior.

Algunos emprendedores buscan la agrupación de forma diferente a las sociedades mercantiles y se constituyen en empresa-CB. Las razones pueden ser tantas como comunidades de bienes se constituyan (razones familiares, hereditarias, profesionales, para facilitar a los clientes la unión de las distintas especialidades que pueden afectar a sus intereses, para llevar a cabo proyectos más complejos o ambiciosos, etc.).

Es necesario proteger la iniciativa de creación de empresas con independencia de la forma que adopten según las posibilidades de cada emprendedor, pues la empresa es medio de vida del empresario y, en su caso, de los posibles trabajadores por cuenta ajena que pueda contratar en función del éxito de la misma.

Los poderes públicos deben fomentar y potenciar las iniciativas innovadoras o simplemente el autoempleo y no ponerles más trabas de las necesarias para dar seguridad al tráfico mercantil. Estas iniciativas no pueden ser perjudicadas por la intervención de los poderes públicos en el pretendido ejercicio de sus competencias y amparándose en la defensa del interés general, con el consiguiente perjuicio para la creación y el desarrollo de la actividad empresarial y con ello el daño social que genera.

Las pequeñas y medianas empresas, muchas de tipo familiar, por su importancia cuantitativa y cualitativa constituyen uno de los principales motores para dinamizar la economía española, dada su capacidad de generar empleo. Entre ellas se encuentran las empresas-CB cuya forma adoptan actualmente más de 100.000 empresas en España, según datos del INE, y su falta de personalidad no supone un perjuicio ni eluden ningún tipo de responsabilidad frente a tercero porque están respaldadas por la solvencia de sus propios miembros y así el interés general que debe perseguir toda actuación administrativa está perfectamente protegido.

La participación de las empresas-CB en la contratación pública, en particular y las PYMES en general, es ventajoso también para la propia Administración Pública porque tendría más opciones donde elegir entre las ofertas presentadas.

La Unión Europea se ha preocupado por potenciar la participación de las PYME en la contratación pública. Su participación conlleva un beneficio para las

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Administraciones Públicas y para el interés público al poder conseguir mejores ofertas tanto en precio como en calidad y permitir a las PYMES desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía europea para aprovechar al máximo su potencial de creación de empleo.

De poco sirven las declaraciones en prensa de los órganos de gobierno o leyes de apoyo a los emprendedores que manifiesten que las líneas estratégicas de actuación de la ley son favorecer la cultura y la iniciativa emprendedora y facilitar la creación de empresas; establecer apoyos fiscales, de Seguridad Social y de financiación a los emprendedores; fomentar el crecimiento empresarial y la contratación laboral, así como la internacionalización de las empresas españolas o que pretenden facilitar el contacto entre pequeños emprendedores para que puedan crear uniones de empresarios, cuando, a su vez, mantienen o sacan leyes que ponen dificultades o no permiten acceder a la contratación pública y obtener unos ingresos que les permita crecer, invertir, innovar o simplemente subsistir, a determinados operadores económicos por el simple hecho de su forma de constitución (cuando no es contraria a derecho).

Para que las PYMES y las grandes empresas puedan competir, hay que poner en marcha algunas medidas como simplificar procedimientos y normas de contratación pública, información y transparencia a través de los medios electrónicos, junto con la creación de un portal único en Internet para dar publicidad a toda información de interés en materia de contratación pública; un Registro de Licitadores general y derogar la obligatoriedad de la clasificación de contratistas, exigir el cumplimiento por las empresas candidatas o licitadoras de requisitos sociales y ambientales para obtener unos servicios públicos de mayor calidad. Es necesario prestar más atención a la subcontratación como lo hace la nueva Directiva europea, permitiendo que el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por las prestaciones realizadas para el contratista principal. Los subcontratistas también deben asumir las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral establecidas por el Derecho de la Unión. La división en lotes hace que el tamaño de cada contrato se adapte mejor a la capacidad de las pequeñas y medianas empresas o a sectores especializados en las diferentes fases de los proyectos. La admisión de variantes (ofertas alternativas) con mayor frecuencia nos puede ofrecer soluciones innovadoras. Y también es necesario mayor proporcionalidad entre los requisitos de capacidad, solvencia, y causas de exclusión y el objeto del contrato para evitar obstáculos injustificados a la participación en la contratación pública de determinadas empresas que serían adecuadas para realizar las prestaciones.

Las PYMES son el sector más amplio y que más empleo genera en la UE (más del 90% de las empresas de la UE), aunque no el que más contratos públicos gestiona (menos del 40% de la Contratación Pública). La contratación pública es importante para la consecución de un crecimiento sostenible al manejar un 20% del PIB de la UE.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

El número de empresas-CB existentes en los últimos años es relevante en relación con el resto de sociedades y sobre el total de empresas creadas en nuestro país, sólo superadas, como forma de constitución colectiva, por las sociedades de responsabilidad limitada.

Dada la importancia numérica y social de las empresas-CB en nuestra Sociedad, cualquier normativa, informe, dictamen o interpretación que obstaculice su funcionamiento no refleja las necesidades actuales, resultando inadecuados y con efectos negativos en la economía y por ende en el mercado.

Más de millón y medio de empresas se crean por personas individuales que en un momento dado pueden ver las ventajas de unirse para realizar un determinado proyecto económico de importante cuantía o de compleja cualificación, pueden crear una empresa familiar o simplemente unirse para reducir costes o crecer empresarialmente y ser más competitivos.

La CB es una forma de crear una empresa sencilla, barata y exenta de formalidades en relación con cualquier otra modalidad de asociación o sociedad que actúa en el mercado, muy propia para aquellos nuevos emprendedores que empiezan a arriesgar en la actividad económica para la que se sienten capacitados, máxime teniendo en cuenta en la situación de crisis en que nos encontramos donde las empresas duran poco tiempo en el mercado por falta de clientes y todos vemos abrir y cerrar negocios con mucha facilidad. Esta forma de constitución puede ser utilizada para aminorar el riesgo que supone emprender una aventura empresarial y que si fracasa pueda ser extinguida la comunidad con menos formalidades de las exigidas en general para cualquier forma de sociedad.

Las comunidades de bienes suponen la existencia de una propiedad en común y proindivisa, perteneciente a varias personas, que se aporta al tráfico económico (civil o mercantil) para obtener lucros comunes repartibles entre los socios y soportar también en común las pérdidas que se produzcan en el desarrollo de la actividad económica que constituye el objeto de la comunidad (sociedad). El contrato de sociedad no tiene por qué celebrarse con determinadas solemnidades sino que puede concertarse con el mero consentimiento sin necesidad de pacto expreso, bastando simplemente el ánimo de asociarse.

Cabe pensar que estamos ante una sociedad civil (o asociación o entidad) con objeto mercantil (hay muchas teorías y jurisprudencia por su falta de regulación clara como vimos en la primera parte del contenido de este trabajo), sociedad atípica donde su falta de personalidad jurídica no tiene que ser ningún obstáculo para que pueda ser un instrumento eficaz para la realización de actividades empresariales o profesionales en el mercado, siendo suficiente garantía la solvencia de sus comuneros frente a cualquier tercero que se relacione con la entidad. La falta de inscripción registral tampoco es fundamental para su conocimiento y garantía, máxime si consideramos que estamos ante una sociedad civil, por tanto no podemos decir de las comunidades de bienes que sean sociedades irregulares, más bien

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

parece un atajo doctrinal o jurisprudencia o incluso legal para darles un reconocimiento pues no se les puede negar la importancia social y económica que tienen. Son entidades útiles que deberían ser tratadas como mínimo al igual que las Utes, como asociación o agrupación de empresarios para realizar actividades económicas en el mercado donde cada participante o comunero tenga su entidad e independencia dentro del grupo.

BIBLIOGRAFIA

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

AA. VV. *Comunidad de bienes*, Reyes López, M.J (coord.), 1ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014

AA. VV. *Bienes en común*, Nasarre Aznar, S (dir), 1ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

AA. VV. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015.

ABELLÁ RUBIO, J. M. *La división de la cosa común en el Código Civil*, Dykinson, Madrid, 2003.

AGUDO GONZALEZ, J. “La aptitud del contratista: capacidad de obrar, objeto social y habilitación profesional o empresarial”, *Revista General del Derecho Administrativo*, núm. 30, 2013.

AGUIRRE FERNÁNDEZ, B. J. “La personalidad jurídica de las sociedades civiles. A propósito de la RDGRN de 31-3-1997”, *RCDI*, núm. 647, 1998.

ALBALADEJO GARCIA. M. “La distinción entre comunidad y sociedad”, *Actualidad Civil*, núm. 3, 1995.

ALBALADEJO GARCIA, M. *Derecho Civil, III Derecho de Bienes*, Edisofer, Madrid, 2004.

ALBALADEJO GARCIA, M. *Curso de Derecho Civil. III. Derecho de bienes*, Bosch, Barcelona, 2002.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J. “Contratos sobre comunidades convencionales. Cláusulas usuales” en *Comunidad de bienes*, coord. por María José Reyes López, Tirant lo Blanch, 2014.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C. “Las comunidades de bienes en el ordenamiento tributario español”, *editorial La Ley*, revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº 3, 1999.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C. “Aproximación a un concepto de empresa familiar”, *Revista técnica tributaria*, nº 43, 1998.

ALMENAR BELENGUER J. “Capacidad y solvencia del empresario en la nueva ley de contratos del sector público”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 19-2008.

AMORÓS GUARDIOLA, M. *La persona Jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

APARICIO CARRILLO, E. J. *Reflexiones sobre la posibilidad de que las sociedades civiles sean objeto de inscripción en el registro mercantil. Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. I, Universidades de Almería, Granada y Jaén, Almería, 2000.

ARANA DE LA FUENTE, I., GRAU RUIZ, M.A. “Los contratos de constitución y de organización jurídica de la comunidad de bienes” en *Contratos de estructura asociativa o comunitaria*, M. Yzquierdo Tolsada (dir.), Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

ARPIO SANTACRUZ, J.A. “El régimen de la sociedad sin personalidad jurídica y su relación con el de la comunidad de bienes”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil parte Doctrina Editorial Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor*, núm.1, 2017.

ARRIBA FERNANDEZ, M.L. de. “La sociedad civil no puede inscribirse (a propósito de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal supremo de 24 de febrero de 2000)”, *La Ley*, núm. 196, 2000.

AZURZA Y OSCOZ, P.J. *Problemas de la sociedad civil*, ADC, 1952.

BADÍA SALILLAS, A. “En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español”, *RCDI*, núm. 573, 1986.

BAÑO LEON, J.M. “Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos”, *Anuario del Gobierno Local*, 2013-4924, 2013.

BAÑO LEON, JM. “La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 2000.

BARÓ PAZOS, J. “La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)”. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria. 1993.

BARÓ PAZOS, J. *Los proyectos de Código Civil de iniciativa particular elaborados hasta el Proyecto de García Goyena. Escritos Jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Tomo II, Univ. Cantabria, Facultad de Derecho, 1993.

BARÓ PAZOS, J. “La influencia del código civil francés (1804) en el código civil español (1889)” en *La codificación española: una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular*, coord. por Aniceto Masferrer, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

BARRIO GARCÍA, G. "Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de directiva en material de contratación pública. Contratación pública estratégica", *Thomson-Aranzadi, Cizur Menor*, 2013.

BAYONA GIMÉNEZ, J.J. *Tributación de la comunidad de bienes*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

BAYONA GIMÉNEZ R. "La separación del socio en la agrupación de interés económico: capital social y responsabilidad", *Revista de derecho de sociedades*, nº 11, 1998.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. *La comunidad de bienes en el derecho español*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. *Naturaleza jurídica de la copropiedad*, Revista de Derecho Privado, tomo XXXVII, 1953.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Personalidad jurídica y registros públicos", *Aranzadi Civil*, 1998-III.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.. "Comentario al artículo 1669 Cc, dentro de Comentarios al Código civil", *Aranzadi Civil*, 2001.

BLANCO LOPEZ, F. "La subcontratación administrativa. Ejercicio de la acción directa del art. 1597 del Cc", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 33, 2011.

BUENO CAMPOS, E. *Curso Básico de Economía de la Empresa*, Ed. Pirámide, Madrid, 2004.

CABANAS TREJO, R. "Reflexiones en torno a la personalidad jurídica de las sociedades civiles (Comentario crítico a la RDGRN 31-3-1997)", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 9, 1997.

CALVO MEIJIDE, A. "Concepto, forma y continuidad de la empresa familiar. Reflexiones sobre sus aspectos jurídicos", *Actualidad Civil. Editorial La Ley. Sección Crónica*, nº 35, 2001.

CALVO VIDAL, I.A. "La personalidad jurídica de la sociedad civil". *La Ley*, Nº 7980. 2012.

CANO ZAMORANO, L. "La comunidad de bienes y su relación con el Registro Mercantil" en *Comunidad de bienes*, M. J. Reyes López (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CAPILLA RONCERO, F. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Alrededor de la distinción entre las sociedades civiles y las comerciales*, RGLJ, Tomo 155, núm. I, 1929.

CASTRO Y BRAVO, F. de. *La persona jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

CASTRO Y BRAVO, F. de. *Derecho civil de España*, T.II, Ed. Civitas, Madrid, 1952.

CIDONCHA MARTIN, A. La Libertad de empresa en el marco de la economía de mercado: El artículo 38 de la Constitución Española, Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho Madrid, 2004.

CORTES DOMINGUEZ, M. *Ordenamiento Tributario Español*, Tecnos, Madrid, 1968.

COSCULLUELA MONTANER, L. “Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el procedimiento administrativo español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 84, 1977.

CRESPO ALLUÉ, F. *La división de la comunidad de bienes*, Lex Nova, 1993.

DÍAZ-ARIAS Abogados. “La sociedad civil particular, comunidades de bienes y otros entes sin personalidad jurídica. Su tratamiento fiscal”, *Tapia. Publicación para el mundo del Derecho*, núm. 16, 1984.

DÍEZ-PICAZO, L. “El condominio del buque”, recogido en *Estudios de Derecho Privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1980.

DIEZ PICAZO y ANTONIO GULLON. *Sistema de derecho civil*, Vol. III (Tomo 1), Derechos reales en general (8ª ed.), Editorial: TECNOS, 2012.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Civitas, Madrid, 2009.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. “Culpa y riesgo en la responsabilidad extracontractual”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, núm. 4, 2000.

DOMÉNECH PASCUAL, J. “¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009.

DONDERIS TATAY, L. *La copropiedad. Teorías. Derecho español*, Ed. Reus, Madrid, 1933.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

EIZAGUIRRE BERMEJO, J. M. de. “La personalidad jurídica de la sociedad civil (A propósito de la RDGRN 31 de marzo de 1997)”, *La Ley*, núm. 6, 1997.

EMBID IRUJO, J. M. “Calificación jurídica de la sociedad irregular. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 6 de octubre de 1990”, *La Ley*, 1991.

EMBID IRUJO, J. M. La sociedad irregular en *X Seminario de Estudios sobre la Fe Pública mercantil*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1997.

ESTRUCH ESTRUCH, J. Venta de Cuota y Venta de Cosa Común por uno de los comuneros en la Comunidad de Bienes, *Ed. Aranzadi*, 1998.

FALCÓN Y TELLA, R. “De nuevo sobre las comunidades de bienes y las sociedades civiles”, *Revista Quincena Fiscal Editorial Aranzadi, SAU, Cizur Menor*, núm.22, 2015.

FARIAS BATLLE, M. “Breve perspectiva jurisprudencial de las sociedades irregulares”, *CDC*, núm.11, 1993.

FARRE TOUS, S. “La comunidad de bienes en el ámbito de la Administración Pública”, *Universidad de Barcelona, REALA*, núm. 264, 1994.

FERNÁNDEZ DE BILBAO, J. “Comunidades de bienes y Sociedades civiles para empresa. La sociedad irregular, *Academia Vasca de Derecho Boletín JADO*, Bilbao, Año X, núm. 22, 2011.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. *Derecho de Sociedades*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Asociaciones y Constitución*, Ed. Civitas, 1987.

FERRANDO GARCÍA F. M. “Ejecución de sentencias: responsabilidad de los comuneros en caso de insolvencia de comunidad de bienes condenada: requisitos”, *Editorial Aranzadi, SAU, Cizur Menor*, núm. 84, 1999.

FERRARA, F. *Teoría de las Personas Jurídicas*, traducido por E. Ovejero y Maury, Reus, Madrid, 1929.

FORNIÉS BAIGORRI, A. “Sociedad civil-Sociedad mercantil. La determinación del carácter civil de la sociedad y normativa aplicable”, homenaje a Manuel Broseta, *Estudios de Derecho mercantil*, Tomo II, Tirant lo Blanch, 1995.

FUERTES LOPEZ, M. *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

GALLEGO CÓRCOLES, I. “Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 7., 2008.

GALLEGO CÓRCOLES, I. “¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 110. 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo T. I.*, Ed. Civitas, Madrid, 2006.

GARCÍA GARCÍA, J.M. “La titularidad registral en las sociedades civiles”, *Boletín Nacional del Colegio Oficial de Registradores*, núm. 39, 1998.

GARCÍA GARCÍA, M. A. “¿Por qué las comunidades de bienes no pueden contratar con el sector público?”, *Revista Diario la Ley*, nº 8325, 2014.

GARCIA GARCIA, M. A. “Ocho razones para que las empresas comunidades de bienes contraten con las Administraciones Públicas”, *Revista Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2015.

GARCÍA GARCÍA, M. A. “La universidad sujeto de la asociación para la innovación”. *Revista española de la Función consultiva*. Núm. 23. 2016.

GARCÍA GARCÍA, M. A. “Fraccionamiento de contratos públicos en beneficio de los órganos de decisión, *revista Actualidad Administrativa*, nº 5/2016, 2016.

GARCÍA GARCÍA, M. A. “Personas físicas y jurídicas versus operadores económicos en la contratación pública”, *revista Actualidad Administrativa*, núm. 12, 2016.

GARCÍA GRANERO, J. C. *Cotitularidad y comunidad. ‘Gesammte Hand’ o comunidad en mano común*, RCDI, 1946.

GARCIA TREVIJANO, E. *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Civitas, Madrid, 1997.

GARCÍA PÉREZ, R. *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

GARCIA ROCA, J. Prólogo a *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* de Ignacio García Vitoria, CEPC, Madrid, 2008.

GARCIA TREVIJANO GARNICA, E. “La cesión del contrato administrativo y otras figuras afines”, *Circulo de Derecho Administrativo*, núm. 7, 2009.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

GARCIA TREVIJANO GARNICA, E. *La cesión del contrato administrativo: la subcontratación*, Civitas, Madrid, 1997.

GARCÍA VILLAVERDE, R. “Sociedades irregulares”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 11, 1993.

GARCÍA VILLAVERDE, R. “La inscripción de las sociedades civiles en el Registro mercantil español”, *revista de Derecho de Sociedades*, núm. 14, 2000.

GARDEÁZABAL DEL RÍO, F. J. 2004. *La sociedad en formación y la sociedad irregular, en Instituciones de Derecho Privado*, Tomo VI, vol. 2.º coord. por DELGADO DE MIGUEL, J. F. Civitas, Madrid, 2004

GARRIGOU-LAGRANGE, J. M. *Asociaciones y poderes públicos*, Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1974.

GARRIGUES DIAZ CAÑABATE, J. *Dictámenes de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1976.

GIMENO FELIÚ. J. M. La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad. Edición digital. Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Observatorio de los Contratos Públicos), *Editorial Aranzadi, SAU*, 2015.

GIRÓN TENA, J. “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español”, *RDM*, núm. 10, 1947.

GIRÓN TENA, J. “Las sociedades irregulares. Recopilado en Estudios de Derecho Mercantil”, *revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955.

GIRÓN TENA, J. *Derecho de Sociedades*, Tomo 1, Madrid, 1976.

GONZÁLEZ ORDOÑEZ, J. M. “Los criterios del Derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y sociedades civiles y sus consecuencias prácticas”, *RDM*, núm. 59, 1956.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. y FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015.

GRIMALDOS GARCÍA, M.I. “¿Sociedad interna o comunidad de bienes?: de los criterios de distinción en nuestra jurisprudencia. A propósito de la STS de 17 de julio de 2012 (RJ 2012, 9331)”, *Diario La Ley*, núm. 8056, Sección Doctrina, Año XXXIV, versión electrónica, 2013.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

GRIS GONZALEZ, J.C. “La modificación de los contratos del sector público”, *revista Jurídica de Castilla y León*, 28, 2012.

HERNÁNDEZ GIL, F. “Comentario al artículo 1669 Cc”, coordinados por Sierra Gil de la Cuesta dentro de *Comentarios del Código Civil*, Tomo 7, Ed Bosch, Barcelona, 2000.

JORDANO BAREA, J. B. *Comunidad y sociedad entre los propietarios del buque*, ADC, 1957.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Vol. 2.º, Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito 5.ª ed. revisada por F. Rivero Hernández. Dykinson, Madrid, 2013.

LASSO GAITE, J. F. *Crónica de la Codificación Española. Codificación Civil, (Génesis e historia del Código)*, Vol. IV, Tomo I, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

LEGUINA VILLA, J. “La responsabilidad del Estado y de las Entidades Públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos”, *revista de Administración Pública*, núm 92, 1980.

LEÓN SANZ, F.J. y MARTÍN FERNÁNDEZ, F.J. “El contrato de sociedad (2). La sociedad mercantil” en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias (contratos de estructura asociativa o comunitaria)*, coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, José Manuel Almudí Cid Árbol, Miguel Ángel Martínez Lago, Vol. 6, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

LORENZETTI, R. *Contratos asociativos y joint venture*, La Ley, 1992.

LLUIS Y NAVAS, J. *Derecho de Asociaciones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1967.

MANRESA NAVARRO, J.M. *Comentarios al Código Civil español*, Reus. Madrid, 1914.

MARÍN ALBARRÁN, E. “La subcontratación y la contratación pública: algunas consideraciones sobre la evolución normativa reciente y su contexto. Referencia a ciertas dificultades que plantea la aplicación de la subcontratación en el ámbito de la contratación pública”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2013, I 05 I. 2014.

MARÍN LÓPEZ, J. J. “Comentario al artículo 1669 CC”, coordinado por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en *Comentarios al Código Civil*, Ed. Aranzadi, 4ª ed., 2001.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

MARÍN LÓPEZ, J. J. *Legislación sobre asociaciones*, Tecnos, (2 ed.), 2000.

MARTÍ SÁNCHEZ, J. N. *El contrato de sociedad en el Derecho codificado español, con especial referencia al Código Civil (Reflexiones en torno a su delimitación conceptual y funcional)*. Centenario del Código Civil, Tomo III, Universidad Popular Enrique Tierno Galván, Madrid, 1989.

MARTÍN BRICEÑO, M.R. Tesis doctoral. La prohibición de dividir la herencia impuesta por el testador en el Código civil, Universidad Rey Juan Carlos, 2007.

MARTÍN MORON, M.T. “Concepto de comunidad” en *La comunidad de bienes*, coord. por Reyes López, M., 1ª ed., Titant lo Blanc, Valencia, 2014.

MARTÍN REBOLLO, L. “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica”, *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, Madrid, 1994.

MARTÍN REBOLLO, L. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones”, *revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999.

MARTÍN RETORTILLO, S. “La libertad económica como derecho a la libertad de empresa: su ordenación constitucional”, homenaje a Cesar Albiñana, Vol I, *Estudios de Derecho y Hacienda, Ministerio de Economía y Hacienda*, Madrid, 1987.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “La comunidad de bienes” en *Curso de Derecho civil, Vol. 3, Derechos Reales*, coord. por Pedro de Pablo Contreras, Colex, Madrid, 2016.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *Curso de derecho civil (III) Derechos reales*, 4ª ed., Editorial Constitución y Leyes (Coley) S.A, 2014.

MARTÍNEZ BALMASEDA, A. “La personalidad jurídica de la sociedad civil según la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *Diario La Ley*, núm. 5507, 2002.

MARTÍNEZ SANZ, F. “Consideraciones en torno a la sociedad irregular. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 9 de marzo de 1992”, *La Ley*, 1992-4.

MASIDE MIRANDA, E. “Las sociedades civiles y el Registro Mercantil”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 6, 2002.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. *Comunidad y sociedad*”, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo 53, 2012-2013.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. “Comentario al art. 392 Cc” en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, t., V, vol. 2, Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa), Madrid, 1985.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. *Comentarios del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

MOLINA NAVARRETE, C. “Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades”, *Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia*, Bolonia, 1995.

MONREAL DE LA IGLESIA, V. “Comentarios a la Ley sobre la subcontratación en el sector de la Construcción”, *Revista de Dirección y Administración de Empresas*, Dic. 2008 08.

MORA ALARCÓN, J. *Comunidades de bienes, sociedades civiles, fundaciones y asociaciones*, Edisofer, Madrid, 1996.

MORA ALARCÓN, J. A. *Sociedad civil. Comunidades de Bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MORA ALARCÓN, J. A. *Sociedad civil y comunidad de bienes. (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y legislación, aspectos civiles y fiscales)*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MORENO DEL VALLE, M. A. *La organización de las comunidades de bienes por los propios comuneros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MORENO QUESADA, B. “La naturaleza jurídica de la comunidad contractual”, Homenaje al Profesor Miguel Motos Guirao, *revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 10, 1986.

MUÑOZ DELGADO, C. “Comunidades que ejercen actividad empresarial”, *revista de Derecho UNED*, núm. 18, 2016.

NUÑEZ IGLESIAS, A. *Comunidad e indivisibilidad*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995.

NUÑEZ IGLESIAS, A. “Comentario al artículo 35 Cc”, *Código civil comentado y con jurisprudencia*, Ed. La Ley, 2001.

NUÑEZ IGLESIAS, A. “Comentario al artículo 1669 Cc”, *Código civil comentado y con jurisprudencia*, Ed. La Ley, 2001.

NUÑEZ LAGOS, R. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Reus, Madrid, 1934.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

OLIVA SANTOS, A. de la. *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, Editorial Pamplona, Universidad de Navarra, Navarra, 1971.

OLIVENCIA RUIZ M. “La inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil (Nueva terminología y carácter de la inscripción en el Reglamento de 14 de diciembre de 1956”, *revista de Derecho Mercantil*, núm. 71, 1959.

OLLER RUBERT, M. “Las Universidades como contratistas. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de diciembre de 2009. Caso Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze”, *revista española de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, SA, parte Jurisprudencia, núm. 147, 2010.

ORTEGA PARDO, G. J. *Sociedad civil irregular*, ADC, 1951.

PANTALEÓN PRIETO, A. F. “Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, Nº 1, 1993.

PANTALEÓN PRIETO, A. F. “La personalidad jurídica de las sociedades civiles”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 38, 1999.

PANTALEÓN PRIETO, A. F. “La personalidad jurídica de las sociedades civiles: contra la resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1997.

PAU PEDRÓN, A. *Comunidad funcional*. Libro Homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiéns Llorca, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C y ALFARO AGUILA-REAL, J. “Comentarios a la Constitución Española”, *Editorial Jurídica La Ley*, 2009.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. “La sociedad mercantil: mercantilidad e irregularidad de las sociedades” en Uría Menéndez, *Curso de Derecho mercantil I*, eds. 1.^a y 2.^a, Aurelio Menéndez Menéndez, Juan Luis Iglesias Prada, Rodrigo Uría González, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2006.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía en general y de la planificación” en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, José Luis Monereo Pérez (Director), M^a Nieves Moreno Vida (Director), Cristóbal Molina Navarrete (Director), Granada: Comares, 2002.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. *Sociedad irregular*. Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo IV, Ed. Civitas, 1995.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. “Las sociedades profesionales. Principios y bases de la regulación proyectada”, *Critica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, 1999.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. “Uniones de empresas y grupos de sociedades” en *Lecciones de Derecho mercantil*, eds. 13.^a a 15.^a, Aurelio Menéndez Menéndez (Director), Ángel Rojo (Director), María Luisa Aparicio (Coordinador), Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015-2017.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. “Las sociedades mercantiles” en *Lecciones de derecho mercantil. Volumen I*, coord. por María Luisa Aparicio González; Aurelio Menéndez Menéndez (dir.), Angel José Rojo Fernández Río (dir.), Thomson Cívitas, 2015.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. “La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad”. En Uría Menéndez, *Curso de Derecho mercantil I*, eds. 1.^a y 2.^a. Aurelio Menéndez Menéndez, Juan Luis Iglesias Prada, Rodrigo Uría González, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1999-2006

PEDREGAL Y CAÑEDO, M. *Texto y comentarios al Código civil español*, Imprenta de Enrique Maroto y hermano, Madrid, 1889.

PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, M. *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Editorial: Colegios Notariales de España, 2006.

PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. “La mercantilidad de la sociedad en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. A propósito de la Resolución de 20 de abril de 2010” en *Revista Derecho de Sociedades*, núm. 36, 2011.

PÉREZ GOROSTEGUI, E. *Introducción a la economía de la empresa*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2005.

PÉREZ PÉREZ, E. *Propiedad, Comunidad y Finca Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1996.

PÉREZ SOLA, N. “Precisiones sobre el tratamiento jurisprudencial del derecho de asociación”, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Volumen I, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

PUIG PEÑA, F. *Tratado de Derecho Civil*, Revista de Derecho Privado, 1954.

QUESADA SÁNCHEZ, A. “La personificación de las sociedades civiles. Análisis histórico-jurídico del artículo 1669 del código civil” español, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, 2009.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

QUESADA SÁNCHEZ, A. J. *La sociedad civil sin personalidad en el Derecho Español. Concepto y Régimen Jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2007.

QUESADA SÁNCHEZ, A. J. “Sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil”, *Diario La Ley*, núm. 5520, 2002.

QUESADA SÁNCHEZ, A. J. “La personalidad jurídica de la asociación en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo”, *Actualidad Civil*. nº 11, 2003.

RAMS ALBESA, J.J. *Comentarios al Código Civil*, t. III, Bosch, Barcelona, 2001.

REBOLLO PUIG, M. *El enriquecimiento de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

REBOLLO PUIG, M. “Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho administrativo”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 12, 2006.

REGLERO CAMPOS, L. F. “El condominio naval”, *ADC*, 1991-I, 1991.

RIOS SANCHEZ, JM. de los. *Comunidad de bienes y empresa*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997.

RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, M.T. “Contratación pública y subcontratación”, *Anuario Aragónés del Gobierno Local*, 2014.

ROCA JUAN, J. *La renuncia liberatoria del comunero*. ADC. Madrid. 1957.

RODRIGUEZ PÉREZ, J. A. “El derecho a la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución española: estudio sobre su interpretación y las dificultades para su desarrollo y aplicación” Tesis doctoral de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2011.

SAINZ DE BUJANDA, F. *Lecciones de Derecho Financiero*, novena edición, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1991.

SÁNCHEZ GRAELLS, A. “Reflexiones críticas en torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público”, *Civitas-Thomson Reuters*, 2014.

SÁNCHEZ DE FRUTOS, R. G. “La asociación. Su régimen jurídico en Derecho español”, *RCDI*, núm. 446-447, 1965.

SEQUEIRA MARTÍN, A. “La eficacia de la publicidad registral mercantil (Introducción histórica y Derecho Comparado)”, *RCDI*, núm. 629, 1995.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

SERRA MALLOL, A. J. *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*, Tecnos, Madrid, 1991.

SOSA WAGNER, F. “El contrato de Gestión de Servicios Públicos y los problemas de la contratación in house”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 8, 2007.

TARDÍO PATO, J. A. La “asociación para la innovación: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia”, *Revista española de Derecho Administrativo Crónica*, Editorial Civitas, SA, núm.181, 2016.

TENA PIAZUELO, I. *La caracterización de la sociedad civil y su diferencia con la comunidad de bienes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

TENA PIAZUELO, I. “Aproximación al origen histórico de la sociedad en el Derecho Romano”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 23, 1997.

TENA PIAZUELO, I. “Distinción entre sociedades civiles y mercantiles, irregularidad societaria y el artículo 1670 del Código civil”, *RCDI*, núm. 643, 1997.

TENA PIAZUELO, I. “El contrato de sociedad civil y las sociedades irregulares en los derechos español, francés e italiano”, *ADC*. fasc. IV., 1999.

TORNOS MAS, J. “Contratación administrativa en época de crisis. La visión del contratista”, *Anuario del Gobierno Local*, 2011.

TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, J. “Una extraña figura: las sociedades civiles con objeto mercantil”, *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 259, 1989.

TORRES LANA, J.A. *La multipropiedad*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

TORRES MATEOS, M.A. *Comunidad de Bienes*, 1ª ed., Editorial Aranzadi SA, Pamplona., 2007.

TORRES PEREA, J. M. de. “La personalidad jurídica de la sociedad civil externa. Estudio comparativo de los ordenamientos español y alemán”, *La Ley*, núm. 5539, 2002.

TORRES PEREA, J. M. de. *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

VALERO ESCRIBANO, J.I. “La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares”, *Revista Española de Control Externo*, núm. 50, 2015.

VALPUESTA GASTAMINZA, E.M. *La Sociedad Irregular*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

VÁZQUEZ BARROS, S. *La comunidad de bienes en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2005.

VERDA Y BEAMONTE, J.R. de. La comunidad de bienes en AAVV. *Derecho Civil III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VICENT CHULIÁ, F. *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, Tirant lo Blanch, 2012

VICENTE GONZALEZ, J.L de. “Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local”, *Revista de Administración Pública*, núm. 168, 2005.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

INDICE JURISPRUDENCIA

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

I.1.- TRIBUNAL SUPREMO:

I.1.A.- SALA DE LO CONTENCIOSO

Tribunal Supremo (Sección 4ª). Sentencia de 28 mayo 2013. RJ 2013\4544.

Tribunal Supremo (Sección 7ª). Sentencia de 7 noviembre 2011. RJ 2012\1978. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso de Casación núm. 1322/2009.

Tribunal Supremo (Sección 4ª). Sentencia de 29 abril 2009. RJ 2009\5273. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso de Casación núm. 1606/2007.

Tribunal Supremo (Sección 4ª). Sentencia de 29 abril 2008. RJ 2008\4981. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso de Casación núm. 3018/2006.

Tribunal Supremo (Sección 4ª). Sentencia de 20 julio 2005. RJ 2005\8635

Tribunal Supremo (Sección 4ª). Sentencia de 25 octubre 2005. RJ 2005\8290. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso de Casación núm. 3570/2003.

Tribunal Supremo (Sección 4ª). Sentencia de 28 febrero 2005.

Tribunal Supremo (Sección 7ª). Sentencia de 11 julio 2003. RJ 2003\6028.

Tribunal Supremo (Sección 7ª). Sentencia de 28 enero 2000. RJ 2000\1579. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso de Casación núm. 3482/1994.

Tribunal Supremo (Sección 5ª). Sentencia de 21 marzo 1998. RJ 1998\2238. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso de Apelación núm. 3747/1992.

Tribunal Supremo (Sección 5ª). Sentencia de 5 abril 1994. RJ 1994\4143. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso núm. 8978/1990 .

Tribunal Supremo (Sección 3ª). Sentencia de 21 marzo 1991. RJ 1991\2522.

I.1.B.- SALA DE LO CIVIL

Tribunal Supremo. Sentencia núm. 93/2016 de 19 febrero. RJ 2016\555.

Tribunal Supremo (Sección 1ª). Sentencia núm. 92/2012 de 7 marzo. RJ 2012\4059.

Tribunal Supremo. Sentencia núm. 474/2002 de 20 mayo. RJ 2002\4453.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Tribunal Supremo. Sentencia núm. 848/2000 de 19 septiembre. RJ 2000\7632

Tribunal Supremo. Sentencia núm. 252/2000 de 11 marzo. RJ 2000\1490.

Tribunal Supremo. Sentencia núm. 249/1998 de 21 marzo. RJ 1998\2045.

Tribunal Supremo. Sentencia núm. 1010/1997 de 14 noviembre. RJ 1997\8124.

Tribunal Supremo. Sentencia de 13 noviembre 1995. RJ 1995\8122.

Tribunal Supremo. Sentencia núm. 610/1995 de 15 junio. RJ 1995\5297.

Tribunal Supremo. Sentencia núm. 183/1995 de 8 marzo. RJ 1995\2156.

Tribunal Supremo. Sentencia núm. 882/1994 de 6 octubre. RJ 1994\7546.

Tribunal Supremo. Sentencia núm. 551/1993 de 27 mayo. RJ 1993\4080.

Tribunal Supremo. Sentencia de 3 abril 1992. RJ 1992\2938.

Tribunal Supremo. Sentencia de 8 noviembre 1991. RJ 1991\8147.

Tribunal Supremo. Sentencia de 6 noviembre 1991. RJ 1991\7937.

Tribunal Supremo. Sentencia de 2 julio 1991. RJ 1991\5347.

Tribunal Supremo. Sentencia de 11 octubre 1990. RJ 1990\7857.

Tribunal Supremo. Sentencia de 6 octubre 1990. RJ 1990\7475.

Tribunal Supremo. Sentencia de 25 junio 1990. RJ 1990\4894

Tribunal Supremo. Sentencia de 31 enero 1990. RJ 1990\107.

Tribunal Supremo. Sentencia de 8 noviembre 1989. RJ 1989\7860.

Tribunal Supremo. Sentencia de 18 octubre 1989. RJ 1989\6935.

Tribunal Supremo. Sentencia de 13 marzo 1989. RJ 1989\2041.

Tribunal Supremo. Sentencia de 9 diciembre 1988. RJ 1988\9330.

Tribunal Supremo. Sentencia de 21 marzo 1988. RJ 1988\2221

Tribunal Supremo. Sentencia de 11 marzo 1988. RJ 1988\1955.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Tribunal Supremo. Sentencia de 20 febrero 1988. RJ 1988\1073.
Tribunal Supremo. Sentencia de 15 febrero 1988. RJ 1988\1992.
Tribunal Supremo. Sentencia de 20 octubre 1987. RJ 1987\7305.
Tribunal Supremo. Sentencia de 18 mayo 1987. RJ 1987\3534.
Tribunal Supremo. Sentencia de 11 abril 1987. RJ 1987\2704.
Tribunal Supremo. Sentencia de 22 diciembre 1986. RJ 1986\7792.
Tribunal Supremo. Sentencia de 1 octubre 1986. RJ 1986\5230
Tribunal Supremo. Sentencia de 28 junio 1986. RJ 1989\4792.
Tribunal Supremo. Sentencia de 12 noviembre 1985. RJ 1985\5576.
Tribunal Supremo. Sentencia de 30 septiembre 1985. RJ 1985\4482.
Tribunal Supremo. Sentencia de 30 abril 1985. RJ 1985\2003.
Tribunal Supremo. Sentencia de 5 julio 1984. RJ 1984\3798.
Tribunal Supremo. Sentencia de 2 diciembre 1983. RJ 1984\454.
Tribunal Supremo. Sentencia de 21 junio 1983. RJ 1983\3647.
Tribunal Supremo. Sentencia de 19 noviembre 1982. RJ 1982\6549.
Tribunal Supremo. Sentencia de 3 febrero 1930. RJ 1930\633.

I.2.- TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA:

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Sevilla. Sentencia de 7 de febrero de 2013. Sala de lo Social. Recurso 1845/2011.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 440/2009 de 18 marzo. RJCA 2009\799. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1588/2001.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1ª). Sentencia de 7 febrero 2003. RJCA 2003\847. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 171/1998.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia de 12 julio 2002. JUR 2003\52120. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1208/1998.

Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 4/2017 de 9 enero. JUR 2017\3822. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso de Apelación núm. 222/2016.

Tribunal Superior de Justicia de Asturias, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Sentencia núm. 508/2001 de 29 mayo. RJCA 2001\801. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 997/1997.

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia de 11 marzo 1999. RJCA 1999\695. Sentencia núm. 31/1999 de 19 enero. RJCA 1999\63.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2ª. Sentencia de 27 julio 1999. RJCA 1999\2696.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 1804/2014 de 16 septiembre. JUR 2014\265339.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 925/2007 de 18 mayo. JUR 2007\278039.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 347/2007 de 23 febrero. JUR 2007\132551. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso de Apelación núm. 321/2006.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 196/2006 de 27 enero. JUR 2006\78810. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1083/2001.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 1152/2004 de 20 julio. JUR 2004\256180. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 3/2000.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 294/2003 de 18 octubre. JUR 2003\264932. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 324/2002.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 560/1999 de 30 abril. RJCA 1999\1279. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1012/1995.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia núm. 1/2016 de 7 enero. JUR 2016\130504.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia núm. 233/2010 de 12 marzo. RJCA 2010\657. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso de Apelación núm. 880/2008.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Sentencia núm. 1397/2000 de 20 diciembre. JUR 2001\112324. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 2177/1996.

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sentencia de 13 de diciembre de 2012, Recurso 109/2012,

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su Sentencia 714/2006, de 18 de septiembre.

Tribunal Superior de Justicia de Baleares Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia 426/2013, de 24 de mayo.

Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 36/2010 de 19 enero. JUR 2010\105819. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 862/2005.

Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 305/2008 de 23 octubre. JUR 2009\50566 Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 165/1998.

Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 356/2002 de 27 marzo. JUR 2002\265598 Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 434/1999.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única). Sentencia núm. 297/2000 de 25 mayo. RJCA 2000\1168. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 481/1998.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 236/2016 de 21 julio. JUR 2016\227747. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 769/2014.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 864/2008 de 6 octubre. JUR 2009\38627. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1148/2003.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 856/2006 de 14 diciembre. JUR 2007\162899. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 817/2001.

Tribunal Superior de Justicia de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). Sentencia núm. 833/2012 de 26 septiembre. JUR 2012\361982.

Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 1161/2002 de 9 diciembre. JUR 2003\43303. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 597/2001.

Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 846/2007 de 7 mayo. JUR 2007\261603. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1503/2005.

Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 1202/2006 de 22 junio. RJCA 2007\324. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 1106/2003.

Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 1608/2002 de 2 octubre. JUR 2003\120068. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 3579/1998.

INFORMES

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

I.1.- JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO.

Informe 21/16, de 27 de abril de 2017. Exigibilidad en los contratos menores de la acreditación de capacidad y solvencia del empresario.

Informe 6/2015 de 13 de noviembre de 2015. Comunidades de bienes. Aptitud para contratar con el sector público.

Informe 9/2013, de 25 de julio de 2014. Cesión de contrato a favor de UTE. Solvencia técnica de la nueva empresa que entre en la UTE.

Informe 34/12, de 14 de diciembre de 2012. Interpretación del art. 86 del Reglamento de la LCAP sobre la posible adjudicación de un contrato a empresas que conforman una UTE. CNC.

Informe 26/12 de 7 de mayo de 2013. "Interpretación sobre la clasificación de empresas de servicios que conforman una UTE".

Informe 48/11, de 1 de marzo de 2012. Concurrencia de ofertas por dos empresas con el mismo administrador.

Informe 29/10, de 24 de noviembre de 2010. "Exigencia de clasificación en contratos mixtos; improcedencia de exigir conjuntamente clasificación como contratista de obras y como empresa de servicios. Acreditación mediante certificaciones en supuestos de UTES del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad y de las normas de gestión medioambiental. Acreditación de solvencia en las UTES".

Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009 "Habilitación empresarial o profesional, consideración como requisito de legalidad y no como solvencia. Aplicación de la prohibición de contratar en los contratos menores. Fraccionamiento del objeto del contrato".

Informe 73/08, de 31 de marzo de 2009. "Contratos de obras. Régimen del requisito de inscripción de las empresas en el Registro de Empresas Acreditadas de la Ley reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción como condición de aptitud requerida por el artículo 43 de la Ley de Contratos del Sector Público".

Informe 55/08, de 31 de marzo de 2009. "Las sociedades civiles como contratistas".

Informe 50/06, de 11 de diciembre de 2006. "Garantía definitiva en contratos adjudicados a uniones temporales de empresas. Calificación de los contratos con artistas, grupos musicales, etc. La disponibilidad de certificaciones de

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

aseguramiento de la calidad experiencia como criterio de solvencia o criterio de valoración de la oferta".

Informe 32/03, de 17 de noviembre de 2003. "Cruz Roja Española. Acreditación de su capacidad de obrar y posibilidad de que esté exenta de la constitución de garantías".

Informe núm. 12/2003 de 23 julio. JUR 2003\277897. Capacidad para contratar con las Administraciones Públicas de las sociedades civiles y de las comunidades de bienes. Posibilidad de contratar con una pluralidad de personas físicas.

Informe 11/02, de 13 de junio de 2002. "Duración de las uniones temporales de empresarios y posibilidad de aplicar respecto de las mismas el límite de diez años establecido en la Ley 18/1982, de 26 de mayo".

Informe 29/02, de 23 de octubre de 2002. "Falta de clasificación, en el momento de la adjudicación, de una empresa integrante de una unión temporal".

Informe 46/02, de 28 de febrero de 2003. "Procedimiento de Acumulación de la clasificación de las empresas que concurren en una unión temporal de empresas".

Informe 40/00, de 30 de octubre de 2000. "Acumulación de las clasificaciones de las empresas que concurren a la adjudicación de un contrato mediante una unión temporal de empresas cuando sólo parte de los componentes los ostentan. Cuestiones que son objeto de la competencia de la Junta Consultiva".

Informe 69/99, de 11 de abril de 2000. "Extensión de la garantía provisional a todas las empresas que constituyen la unión temporal de empresas".

Informe 46/99, de 21 de diciembre de 1999. "Exigibilidad a todas las empresas componentes de una unión temporal de empresas de los mismos requisitos referidos a la solvencia técnica".

Informe 32/98, de 30 de junio de 1998. "Inviabilidad de adjudicación de un contrato a diversos profesionales sin concurrir en unión temporal de empresas".

Informe 8/98, de 11 de junio de 1998. "Concurrencia de varias personas a la adjudicación de un contrato (unión temporal de empresas). Tramitación de expedientes de modificación de un contrato de obras (art. 146.4). Efectos de la falta de constitución de la garantía definitiva".

Informe 56/97, de 2 de marzo de 1998. "Inviabilidad de adjudicación de un contrato a diversos profesionales sin concurrir en unión temporal de empresas".

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Informe núm. 29/1997 de 14 julio. JUR 1997\21. Diversas cuestiones relacionadas con los plazos de ejecución de las obras, su abono respecto de las realizadas con anticipación a la previsión de ejecución, y financiación de las obras. Posibilidad de concurrencia de las Comunidades de Bienes a los contratos.

Informe 25/97, de 14 de julio de 1997. "Inaplicación a las uniones temporales de empresas del límite de diez años de duración previsto en el artículo 8, c), de la Ley 18/1982, de 26 de mayo".

Informe 54/96, de 18 de octubre de 1996. "Posibilidad de que una fundación, en fase de constitución, pueda ser contratista con la Administración Pública y coincidencia de su finalidad o actividad con el objeto del contrato".

Informe 22/96, de 5 de junio de 1996. "Clasificación de las empresas que concurren en una unión temporal de empresas. Exigencia de clasificación a todas las empresas en función del objeto del contrato, sin posibilidad de admitir empresas clasificadas para otros contratos".

Informe 10/96, de 7 de marzo de 1996. "Consulta en relación a la discriminación práctica para las empresas españolas, respecto de las empresas comunitarias, en cuanto a la capacidad para contratar según su solvencia económica y financiera".

Informe 3/96, de 7 de marzo de 1996. "Exigencia de la condición de empresario en supuestos de persona física o jurídica a los contratistas".

Informe 8/94, de 8 de junio de 1994. "Clasificación de las empresas que participan en una agrupación temporal de empresas."

Informe 7/92, de 27 de febrero de 1992. "Escisiones de empresas y agrupaciones de interés económico y su clasificación".

II.2.- OTROS ÓRGANOS CONSULTIVOS:

Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía. Informe 11/2002, de 4 de febrero de 2003, sobre la capacidad de las sociedades civiles y comunidades de bienes para contratar con las Administraciones Públicas.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares. Informe núm. 6/2002 de 26 septiembre. JUR 2002\286729. Capacidad para contratar con las Administraciones Públicas. Comunidades de bienes.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares. Informe núm. 15/1999 de 21 diciembre. JUR 1999\282193. Clasificación de empresas. Consideración de la experiencia, aportación de bienes y derechos de una comunidad de bienes a una sociedad de responsabilidad limitada.

Los contratos públicos y las comunidades de bienes

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid. Informe núm. 20/1997 de 16 diciembre. JUR 1997\31. Presentación de proposiciones por estudios, equipos, sociedades civiles, comunidades de bienes o conjuntamente por varias personas físicas y su admisibilidad.

Junta de Contratación Pública de Navarra. Informe de 28 noviembre. JUR 2008\392760. Capacidad de las sociedades civiles o irregulares para contratar con la Administración y el tipo de solvencia económica, financiera y técnica que sería exigible en una subasta de un bien patrimonial.

Junta Superior de Contratación de la Comunidad Valenciana. Informe núm. 6/2015 de 13 noviembre. JUR 2016\114811. CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: Contratistas: aptitud: comunidades de bienes: no gozan de personalidad jurídica independiente de las personas que las conforman: no cumplen uno de los requisitos de aptitud para contratar con el sector público. Informe sobre la aptitud para contratar de las comunidades de bienes.