

# LAS SOCIEDADES CONCESIONARIAS DE CARÁCTER INSTRUMENTAL Y SU INSOLVENCIA

JOSÉ FRANCISCO FERNÁNDEZ GARCÍA<sup>1</sup>  
Universidad de Oviedo

## *Cómo citar/Citation*

Fernández García, J. F. (2019).  
Las sociedades concesionarias de carácter instrumental y su insolvencia.  
*Revista de Administración Pública*, 208, 51-99.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.208.02>

## **Resumen**

El presente trabajo aborda el régimen jurídico aplicable a aquellos supuestos en los que las empresas adjudicatarias, tras concurrir conjuntamente a la licitación de una concesión administrativa, constituyen nuevas sociedades interpuestas, o de carácter instrumental, con las cuales pretenden contener su eventual responsabilidad en el cumplimiento de las condiciones contractuales. Se trata de determinar en estos casos quién es el verdadero concesionario o contratista; cuál es el régimen obligacional al que quedan sujetas las adjudicatarias del contrato y, particularmente, qué ocurre en los supuestos de insolvencia y liquidación de esas sociedades instrumentales, creadas para la gestión de la concesión.

## **Palabras clave**

Sociedad instrumental; concesionaria; insolvencia; obligaciones solidarias.

---

<sup>1</sup> Profesor titular de Derecho Administrativo. Director jurídico municipal del Ayuntamiento de Santander.

**Abstract**

Present work deals with the legal regime applicable to those cases in which the successful bidders, after concurrently bidding for an administrative concession, constitute new interposed companies, or instrumental character ones, with which they intend to contain their eventual liability in the fulfillment of the contractual conditions. It is about establishing in these particular cases, who is the legitimate concessionaire or contractor; what is the legal regime applicable which the public procurement contractors are subjected to and, particularly, what happens in the event of insolvency or winding-up of these instrumental companies, which are specifically created for managing the Public Concession.

**Keywords**

Instrumental Society; concession company; declaration of insolvency; joint liabilities.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. LA FORMULACIÓN DE OFERTAS CONJUNTAS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS. III. LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES INSTRUMENTALES PARA LA GESTIÓN DE LA CONCESIÓN: 1. El respeto a los principios y normas de la contratación pública. 2. El verdadero contratista o concesionario. IV. LA MERMA EN LAS GARANTÍAS DE SOLVENCIA Y SU CORRECCIÓN A TRAVÉS DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES. V. LA INTEGRACIÓN DE LA FALTA DE SOLVENCIA DE LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES CON MEDIOS PROPIOS DE LAS ADJUDICATARIAS. VI. LA ENTRADA EN CONCURSO DE ACREEDORES DE LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES: SUS EFECTOS SOBRE LA EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN: 1. Los límites de la jurisdicción mercantil. 2. El carácter meramente informativo del inventario del concurso. 3. La necesidad de instar la resolución y liquidación del contrato en la vía administrativa: VII. LA OBLIGACIÓN SOLIDARIA DE RESPONDER DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO FRENTE A LA TESIS DEL MERO FIADOR: 1. La obligación de responder solidariamente a la luz del tipo de oferta presentada y del acuerdo de adjudicación que ha de emitirse. 2. La tesis del fiador y la garantía del interés público. 3. El obligado solidario y la integración de la solvencia con medios externos. 4. La identidad entre el *fiador* solidario y el *obligado* solidario. VIII. CONCLUSIONES.

---

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las lagunas que la legislación contractual viene arrastrando, y que la reciente reforma aprobada no ha cubierto con la debida extensión, se produce en el caso de la formulación de ofertas conjuntas por varios licitadores que, finalmente, constituyen una nueva sociedad que actúa como pantalla, tratando así de blindarse frente a las consecuencias que pudieran derivarse de la mejor o peor suerte que, en su caso, pudiera correr la explotación de la concesión administrativa<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Acerca de esta figura contractual, véanse F. J. de Andrés Guijarro y A. Herrero Prieto (2004), «El contrato de concesión de obras públicas: análisis de su actual regulación»,

La incertidumbre del régimen jurídico aplicable a estos supuestos viene abonada en ocasiones por una cierta confusión o ambigüedad a la hora de formular las ofertas<sup>3</sup>, que obliga al órgano de contratación a reaccionar a través de fórmulas que, aunque inicialmente son admitidas por los contratistas, su alcance real es discutido más tarde ante los tribunales de justicia, con un riesgo evidente para el interés general.

Esta problemática se produce, en particular, en los contratos de concesión de obras en los que, si la explotación no obtiene el resultado económico esperado, la entrada en concurso de la sociedad instrumental, puede permitir a las antiguas adjudicatarias obtener, al menos, el coste de la obra ejecutada, obligando a la Administración a reintegrar un importe que, inicialmente, estaba previsto que pudiese ser amortizado por el concesionario con el paso del tiempo y sin desembolso alguno para las arcas públicas<sup>4</sup>.

---

*Revista jurídica de Castilla y León*, 3, págs. 79-146; M. Barrio Andrés (2017), «Consideraciones del Consejo de Estado sobre el contrato de concesión de obra pública en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, 4, págs. 114-118; J. Colás Tenas (2009), «El contrato de concesión de obra pública», en J. Colás Tenas y M. Medina Guerrero (coords.), *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, 4, págs. 369-390; L. D. A. Fajardo Spínola (2004), «Ejecución del contrato de concesión de obra pública», en R. Gómez-Ferrer Morant (coord.), *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, págs. 1205-1234; J. Martínez Calvo (2018), «El contrato de concesión de obra pública. Novedades de su régimen jurídico», *Revista de Administración Pública*, 206, págs. 319-359; H. Villarejo Galende y A. Calonge Velázquez (2018), «Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», *Revista jurídica de Castilla y León*, 46, págs. 7-64.

<sup>3</sup> Véase la Sentencia 151/2018, de 27 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Santander [ROJ: SJCA 987/2018- ECLI:ES:JCA:2018:987], a cuyo fundamento de derecho tercero se indica: «[...]examinado el expediente resulta que los actores presentaron una oferta donde se comprometen (f. 120) para el caso de ser las adjudicatarias a “agruparse como una sola empresa”. Esta expresión podría dar lugar a confusión, pues esa agrupación bien pudiera ser una UTE. Pero a continuación dice la oferta que la agrupación será mediante una sociedad concesionaria participada al 50% [...] tras la adjudicación, es el propio Ayuntamiento, f. 667 el que requiere para que se constituya una sociedad. Y lo que se crea, no es una UTE, entidad sin personalidad sino claramente, una sociedad mercantil, sociedad limitada de 3100 euros (ff. 695 a 715) cuyo objeto es la explotación del aparcamiento».

<sup>4</sup> Sobre los efectos de la extinción de los contratos de concesión de obras, véase I. Calatayud Prats (2017), «Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: la liquidación del contrato

Este tipo de prácticas pervierten el sistema de contratación, en cuanto eliminan el riesgo y ventura operacional, que ha de asumir la empresa concesionaria, sustituyendo este por la garantía económica que comporta la retribución de dichas obras.

Aunque la reforma introducida por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ha corregido en parte esos efectos, al ofrecer una nueva regulación del resarcimiento que cabe obtener en los supuestos de resolución de esta clase de contratos, son muchas las concesiones que han sido alumbradas al amparo de las normas precedentes, con largos períodos de vigencia que pueden llegar a los cincuenta años, frente a las cuales la Administración no cuenta con esa misma capacidad de respuesta<sup>5</sup>.

Entre tanto no se venga a disponer de una regulación completa sobre esta cuestión, urge dar respuesta a la misma desde la actual base dogmática, resolviendo una serie de cuestiones que, en gran medida, obligan a acudir al derecho privado para hallar la salida oportuna a un problema que, por su trascendencia económica, puede llegar a poner en jaque la propia estabilidad financiera de algunos poderes adjudicadores.

---

(RPA) y la indemnización de daños y perjuicios», *Revista General de Derecho Administrativo*, 44; J. de la Morena López (2012), «El contrato de concesión de obra pública (VI). Extinción de las concesiones», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 120, págs. 6-8.

<sup>5</sup> Por medio de la disposición final 9.9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre (BOE núm. 236, de 02/10/2015), se incorporaron los nuevos arts. 271 bis y 271 ter al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011, págs. 117729-117914). Ambos preceptos regularon, *ex novo*, los efectos de la resolución de los contratos de concesión de obras, por causas no imputables a la Administración, de forma que esta ya no deberá abonar al concesionario «el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión», como venía estableciendo la legislación precedente. En su lugar, se fijó un sistema por el cual la retribución que corresponde al antiguo adjudicatario será el precio obtenido con la nueva adjudicación de la concesión administrativa. Según la disposición transitoria cuarta de la Ley 40/2015: «Lo dispuesto en la disposición final novena será de aplicación a los expedientes de contratación iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de dicha disposición». En la actualidad, ese mismo régimen jurídico se encuentra recogido en el art. 281 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

## II. LA FORMULACIÓN DE OFERTAS CONJUNTAS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS

Tras su modificación en mayo de 2003<sup>6</sup>, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP)<sup>7</sup> vino a disponer en su art. 232, apdo. 3º, que quienes de forma individual o conjuntamente con otros concurren a la licitación de una concesión de obras, «podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión», añadiendo que la constitución y, en su caso, «la forma de la sociedad», deberá ajustarse a lo que establezca para ciertos tipos de concesiones la correspondiente legislación específica.

Desde su inclusión en el mencionado texto legal, y hasta nuestros días<sup>8</sup>, dicha previsión normativa ha convivido con otras determinaciones de carácter general, en las que se consagra, por una parte, la necesidad de que las personas naturales o jurídicas que contraten con la Administración tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional<sup>9</sup>; y, al mismo tiempo, se posibilita que puedan concurrir conjuntamente a la licitación las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, quedando sus miembros obligados

<sup>6</sup> Véase Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del contrato de concesión de obras públicas. *BOE*, 24 mayo 2003, núm. 124 [pág. 19936].

<sup>7</sup> Véase Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. *BOE*, 21 junio 2000, núm. 148 [pág. 21775]; rect. *BOE*, 21 septiembre 2000, núm. 227 [pág. 32291].

<sup>8</sup> Esa misma previsión normativa se fue reproduciendo en las sucesivas leyes de contratos. Al respecto, véanse el art. 46.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (*BOE*, núm. 261, de 31 de octubre de 2007, págs. 44336-44436); el art. 57.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; y el art. 66.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

<sup>9</sup> En relación a la capacidad y solvencia que han de acreditar los contratistas, véase L. Morell Ocaña (2004), «Requisitos de los contratos: capacidad y solvencia de las empresas (arts. 10 a 23 de la Ley)», en R. Gómez-Ferrer Morant (coord.), *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, págs. 123-171; M. Pons i Duat (2010), «La solvencia como condición de aptitud para contratar: límites a su exigencia y acreditación», *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, 1, págs. 34-41. Véanse el art. 43.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; el art. 54.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; y el art. 65.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

solidariamente al cumplimiento de cuantas obligaciones derivan de la ejecución del contrato<sup>10</sup>.

El examen del citado art. 232 del TRLCAP y de sus homólogos posteriores<sup>11</sup> conduce a la conclusión de que lo que se vino a consagrar a través de estos preceptos es una mera posibilidad —el compromiso de los licitadores de constituir una sociedad— que puede concurrir o no y, por tanto, si el adjudicatario no admite ese compromiso antes de la adjudicación, no puede quedar desvirtuado el resultado de esta con la entrada de una nueva sociedad, distinta de la adjudicataria. Este carácter potestativo de la constitución de la sociedad se reflejaba además en el art. 233.1 letra a) del TRLCAP, en el que se hacía referencia, como contenido de las proposiciones, a la relación de los promotores de la futura sociedad «en el supuesto de que estuviera prevista su constitución»<sup>12</sup>.

Por otro lado, y lo que parece aún más relevante, la posibilidad de concurrir conjuntamente a la licitación, a través de esta vía, solamente parece estar abierta a aquellos empresarios que sean personas naturales o físicas, pero no a

---

<sup>10</sup> Véanse el art. 48 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; el art. 59 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; y el art. 69 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Al respecto, véase, en la doctrina, A. Platero Alcón (2017), «Las uniones temporales de empresa en el ordenamiento jurídico español», *Revista Ratio Juris*, vol. 12, 25, págs. 89-116.

<sup>11</sup> Véase *ut supra* nota 8.

<sup>12</sup> Con un contenido similar, véanse el art. 115.1.c), 1º de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; el art. 131.1.c), 1º del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; y el art. 250.1.d), 1º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Señala al respecto la Sentencia 161/2012 de 12 marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander SJCA [ROJ: SJCA 3075/2012 - ECLI: ES: JCA: 2012: 3075]: «La ley contempla en los preceptos citados la posibilidad de concurrir con el compromiso de constituir una sociedad titular de la concesión, lo que es el caso. Así, el art. 46.2 LCSP establece una regla especial de capacidad para el contrato de concesión que se reproduce en el art. 115. Tales preceptos no exigen que la posibilidad, que ya contempla la ley, venga recogida o regulada en el pliego, sino que, más bien, lo que habría que contemplar es que el mismo no la excluya. Así, lo que el art. 115 prevé es que exista el compromiso de constituir esa futura sociedad concesionaria, compromiso que, evidentemente, no se recoge en el pliego, sino, como ya dice el propio apartado del precepto, en la propuesta. Sin tal compromiso el único adjudicatario posible sería el propio licitador sin perjuicio de la facultad de ceder el contrato».

las personas jurídicas o sociedades que ya estaban constituidas, como tales, al tiempo de formular su oferta o proposición.

En sentido contrario, se ha venido a mantener que no se aplica dicha previsión normativa cuando concurre una única sociedad, pero sí cuando lo hacen dos o más simultáneamente, como suele ocurrir en la mayor parte de los supuestos<sup>13</sup>.

El precepto legal, sin embargo, alude expresamente a ambas posibilidades y permite que quienes concurren lo hagan individual o conjuntamente; por tanto, lo relevante para que pueda operar ese mecanismo no es que la oferta la presenten uno o varios licitadores, sino que estos no estén constituidos *ab initio* como tal *sociedad*. A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación del Estado, en su Informe 54/04, de 12 de noviembre, manifiesta con absoluta rotundidad, que «al referirse el precepto a quienes concurren *individual o conjuntamente* con otros no está contemplado que esa conjunción se produzca en el supuesto de *sociedades*»<sup>14</sup>.

Cabe advertir, por otra parte, que el precepto en cuestión no señala, en modo alguno, que el compromiso que ha de adquirir el licitador (o los licitadores que concurren junto con él) sea el de constituir una *nueva* sociedad, esto es, una sociedad distinta a otra u otras que ya existiesen previamente; lo que abunda en la idea expuesta de que si al formularse la oferta, los licitadores ya cuentan con dicha personificación, no se estaría dando el presupuesto o la condición que fija el legislador para poder aplicar este mecanismo.

Aparentemente, por tanto, lo que realmente busca el precepto es promover que el concesionario no sea una persona natural o física, para lo cual se habilita que el licitador pueda formular su oferta adquiriendo el compromiso de constituir una sociedad<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Esta ha sido la tesis mantenida por las partes actoras en el asunto resuelto en la referida Sentencia 151/2018, de 27 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Santander (P.O. 74/2017).

<sup>14</sup> Véase el apdo. 2º de las consideraciones jurídicas, cuarto párr., pág. 4.

<sup>15</sup> Respecto de la capacidad para contratar con la Administración de las personas físicas y jurídicas, véanse F. Blanco López (2004), «La capacidad de los contratistas. Personalidad jurídica y capacidad de obrar. Solvencia económica y técnica. Clasificación empresarial», en J. M. Gimeno Feliú (coord.), *Contratación de las administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, págs. 37-60; M. A. García García (2016), «Personas físicas y jurídicas versus operadores económicos en la contratación pública», *Actualidad administrativa*, 12; VV. AA. (2003), «Capacidad para contratar con las Administraciones Públicas de las sociedades civiles, comunidades de bienes y pluralidad de personas físicas», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 26, págs. 25-26

En cambio, los licitadores que ya gozan de esa condición, si concurren con otros conjuntamente, podrán hacerlo si su compromiso consiste en crear una *unión temporal de empresas*, tal como viene a apuntar la propia Junta Consultiva de Contratación que, al precisar cuál es el espíritu real de ese precepto, no parece admitir dudas al respecto, al considerar un contrasentido entender que las sociedades que concurren puedan asumir el compromiso de constituir «otra sociedad distinta», pues con la concurrencia de la primera de ellas se cumple la «finalidad» del precepto, en el sentido de que la titular de la concesión sea una sociedad y «no un empresario individual», o un conjunto de empresarios agrupados en una unión temporal.

Por tanto, si quienes presentan una oferta conjunta a un contrato de concesión de obras son dos o más sociedades (y no varias personas físicas o naturales) que ya estaban constituidas como tales al tiempo de presentarse a la licitación y de formular su oferta conjuntamente, solo podrían concurrir a la misma con el compromiso de constituirse formalmente en una UTE<sup>16</sup>.

Así habrá de entenderlo la mesa y el órgano de contratación del poder adjudicador durante la tramitación del procedimiento, adjudicando, pues, el contrato a la UTE formada por las sociedades que han concurrido agrupadas.

Este aspecto tenía especial relevancia en la legislación precedente cuando el contrato quedaba perfeccionado en el momento de la adjudicación<sup>17</sup>, pero igualmente lo tiene ahora, tras la modificación operada en la Ley 30/2007 (y que se traslada a toda la regulación posterior), demorándose ese momento al tiempo en el que el contrato queda formalizado entre las partes<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Véase VV. AA. (2016), «El requisito de solvencia en el caso de las UTE», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, págs. 1752-1755.

<sup>17</sup> Al respecto, F. A. Castillo Blanco (2009), «Garantías, perfeccionamiento y formalización de los contratos administrativos», en F. J. Gutiérrez Julián y V. Gutiérrez Colomina (coords.), *Manual práctico de la Ley de contratos del sector público: (Ley 30/2007, de 30 de octubre)*, págs. 305-384; I. Gallego Córcoles (2005), «Perfeccionamiento y formalización del contrato administrativo», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 46, pág. 42; véanse el art. 53 del TRLCAP y el art. 27.1 del texto original de la Ley 30/2007: «Los contratos de las Administraciones Públicas, en todo caso, y los contratos sujetos a regulación armonizada, [...] se perfeccionan mediante su adjudicación definitiva».

<sup>18</sup> Véanse el art. 27.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; y el art. 36 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el cual dispone que: «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 a los

### III. LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES INSTRUMENTALES PARA LA GESTIÓN DE LA CONCESIÓN

La conclusión a la que hemos llegado en el punto anterior choca ciertamente con determinadas praxis, pues, dado que las uniones de empresarios no han de formalizarse en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato, llegado el momento, no resulta inusual que se traslade a la Administración la intención de crear una *nueva* sociedad, participada por las adjudicatarias, que se haría cargo de gestionar la concesión, en vez de constituir la UTE<sup>19</sup>.

Este cambio en el elemento subjetivo del contrato obliga, en primer término, a precisar si, pese a la anormalidad que conlleva, su fuerza es tal que pudiera viciar de ilegalidad el negocio jurídico. A su vez, y de considerarse válido ese cambio, resulta imprescindible aclarar quién es a partir de ese momento el auténtico contratista de la Administración y qué posición ostentan, por tanto, las entidades que presentaron conjuntamente su oferta, resultando adjudicatarias del contrato.

#### 1. EL RESPETO A LOS PRINCIPIOS Y NORMAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La posibilidad de acometer *ad initio* cambios en el elemento subjetivo del contrato, por sorpresivo que pueda parecer, no es, en absoluto, una práctica aislada, ni huérfana completamente de sustento jurídico<sup>20</sup>.

---

que se refiere el apartado 3 de este art., se perfeccionan con su formalización. 2. Los contratos subvencionados que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 23 de esta Ley, deban considerarse sujetos a regulación armonizada, se perfeccionarán de conformidad con la legislación por la que se rijan. Las partes deberán notificar su formalización al órgano que otorgó la subvención». En relación al cambio legislativo producido en este punto se pronuncia la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2017 [ROJ]: STS 1130/2017-ECLI:ES:TS:2017:1130] y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de enero de 2018 [ROJ]: SAN 1505/2018 - ECLI:ES:AN:2018:1505].

<sup>19</sup> Véase VV. AA. (2003), «Sustitución de una UTE por una sociedad de responsabilidad limitada», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, 2, págs. 202-203.

<sup>20</sup> Véase E. García-Trevijano Garnica (1996), «La cesión del contrato y la subcontratación en el ámbito administrativo», *Cuadernos de derecho judicial*, 8, págs. 195-236; J. L. Gil Ibáñez (1995), «La cesión de contratos y la subcontratación», en B. Pendás García (coord.), *Derecho de los contratos públicos: estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas*, págs. 593-630; V. Gutiérrez

En efecto, este tipo de fórmulas entendemos que encuentra amparo en distintos pronunciamientos judiciales, como el del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001, en el que se legitima a la Administración a buscar una solución favorable a la adjudicación del contrato cuando, concurriendo varios licitadores conjuntamente, no es posible formalizar aquel en la manera en que había sido planteada inicialmente en la oferta.

Como señala el Alto Tribunal en el referido pronunciamiento, no existiendo norma prohibitiva al respecto en nuestro ordenamiento, y garantizándose la libre concurrencia, la decisión adoptada se cimenta en la defensa del interés público que ha de perseguir la contratación administrativa<sup>21</sup>.

Idéntica solución es admitida en la Resolución de 12 de junio de 2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales<sup>22</sup>, que, apoyándose en la doctrina que acabamos de referir, avala la adjudicación del contrato a una de las empresas que concurrieron conjunta y solidariamente a la licitación, tras haberse producido la retirada o renuncia del resto de las suscriptoras de esa oferta.

La posibilidad de admitir la retirada de un miembro de la UTE y la adjudicación del contrato a la otra empresa integrante de la misma pasa lógicamente porque dicha empresa reúna por sí sola todos los requisitos de capacidad y solvencia exigibles para la ejecución del contrato y, en consecuencia, por el mantenimiento íntegro de las condiciones económicas y técnicas de la oferta que en su día presentó la UTE adjudicataria.

Este requisito adquiere carácter fundamental, al ser esas concretas condiciones las que permitieron calificar la oferta como la «económicamente más

---

Colomina (1996), «El elemento subjetivo de la contratación local: entidades locales y contratistas: Los convenios interadministrativos y el régimen público de contratos», en F. A. Castillo Blanco (coord.), *Estudios sobre la contratación en las administraciones públicas*, págs. 43-88; A. Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz (1986), «La cesión de los contratos administrativos», *Poder Judicial*, 4, págs. 155-158.

<sup>21</sup> Véase la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26-04-2001 [ROJ: STS 3416/2001-ECLI:ES:TS:2001:3416]: «A esa falta de invocación de una concreta norma prohibitiva ha de sumarse lo que vienen a alegar los dos recurrentes de casación: que la solución favorable a la adjudicación, que siguió el Ayuntamiento contratante, es la más conforme con el esquema de ideas que alimenta el principio de libre concurrencia que rige en la contratación administrativa. Y la razón de que así sea es que dicha solución aumenta las posibilidades de opción de la Administración a la hora de buscar una solución en relación a las necesidades o los intereses públicos que mediante la contratación se pretende atender».

<sup>22</sup> Véase la Resolución 215/2013, de 12 de junio de 2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Rec. 240/2013).

ventajosa», a efectos de decidir la adjudicación del contrato a favor de la UTE, por lo que, cumpliéndose esa premisa, entiende el Tribunal que adjudicar el contrato a una empresa clasificada en segundo lugar, supondría seleccionar una oferta menos ventajosa, lo cual sería contrario a los principios básicos que informan la contratación del sector público<sup>23</sup>.

Sin ánimo de exhaustividad cabe invocar, a su vez, el Dictamen de la Abogacía General del Estado de 6 de julio de 2012<sup>24</sup>, en el que, igualmente, se defiende la posibilidad de introducir cambios subjetivos antes de la formalización del contrato, con el fin de primar la satisfacción del interés público subyacente, que no es otro que su completa y adecuada ejecución.

Se aboga así por la necesidad de huir de planteamientos estrictamente formalistas, pues, aunque, como hemos sostenido previamente, «es cierto que sólo mediante una UTE pueden dos o más empresas obligarse simultáneamente frente a la Administración en un mismo contrato», lo verdaderamente relevante es que se pueda llevar a cabo el cumplimiento íntegro de las obligaciones contractuales. De hecho, se viene a poner de relieve cómo la legislación de contratos ha ido «flexibilizándose en este punto, admitiéndose expresamente la integración de la solvencia de los licitadores con medios externos»<sup>25</sup>.

Consecuentemente, y de acuerdo con la propia tesis de la Abogacía del Estado, si tal como prevé nuestro ordenamiento, se admiten cambios en la persona del contratista durante la ejecución contractual —estando, pues, ya perfeccionado el vínculo jurídico—, con mayor base aun serán admisibles cambios subjetivos antes de la formalización del negocio jurídico, si estos no afectan a los principios de publicidad y concurrencia y ello contribuye, en definitiva, a garantizar el buen fin de la correcta ejecución de aquel<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Acerca de los principios básicos de la contratación pública, véanse A. Durán Martínez (2013), «Principios de la contratación administrativa», *Estudios de derecho administrativo*, 8, págs. 49-86; J. M. Gimeno Feliú (2008), «La adjudicación de los contratos: la oferta económicamente más ventajosa», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Extra 10, págs. 155-184; J. A. Moreno Molina (2006), *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*, Albacete: Bomarzo.

<sup>24</sup> Véase JUR 2015\130408.

<sup>25</sup> Para ello, como señalaremos más adelante, las licitadoras pueden basarse en la solvencia y medios de otras entidades, siempre que se acredite que, para la ejecución del contrato, la empresa dispone efectivamente de esos medios, y con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas. Véanse los arts. 52 de la LCSP, 63 del TRLCSP y 75 de la Ley 9/2017.

<sup>26</sup> Véase F. E. Puerta Seguido (2015), «Algunos efectos perversos derivados de la participación privada en la ejecución del contrato de concesión de obra pública», en M.

## 2. EL VERDADERO CONTRATISTA O CONCESIONARIO

Debemos recordar en este punto que, cuando varios licitadores concurren con el compromiso de constituir una sociedad, se contempla que esta sea «la titular de la concesión», y en muchos casos esa sociedad nueva que se constituye no goza de la misma solvencia que acreditaron las adjudicatarias, extremo que puede buscarse a propósito, con el fin —ya sugerido— de contener la eventual responsabilidad de los licitadores y de abrir paso a la puesta en marcha de determinados mecanismos de auxilio en su favor<sup>27</sup>.

Ahora bien, entendemos que, en absoluto, el hecho de que no se llegue a formalizar la UTE debe dar pie a interpretar que las adjudicatarias han de perder su condición de contratistas, ni que el régimen jurídico al que estas quedaron sujetas con la adjudicación del contrato deba entenderse alterado.

---

Almeida Cerredá e I. Martín Delgado (coords.), *La nueva contratación pública: actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo, Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014*, págs. 169-186. Igualmente, cabe asumir la conclusión que arroja al respecto el informe de la Abogacía del Estado de 6 de julio de 2012, pues: «En la duda entre formalizar el contrato con una de las dos empresas de la UTE adjudicataria (que reúne por sí sola todas las condiciones de capacidad y solvencia exigibles para la ejecución del contrato, que no está incurso en prohibiciones de contratar y que mantiene en sus exactos términos la oferta en su día formulada por la UTE —solución no prevista, pero tampoco prohibida por la ley—), o adjudicar y formalizar el contrato con la empresa que hubiera quedado clasificada en segundo lugar, por detrás de la UTE adjudicataria, considera este centro directivo que ha de optarse por lo primero, pues flaco favor se haría al interés público que subyace en la contratación si, por aplicación de un criterio formalista, el contrato terminara adjudicándose a una oferta que no fuera «la oferta económicamente más ventajosa».

<sup>27</sup> Nuevamente resulta ilustrativa en este punto la Sentencia 151/2018, de 27 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Santander, que, en referencia a una comunicación dirigida por el contratista a la Administración, indica (fundamento de derecho tercero): «Ante las críticas sociales por este contrato, el director ejecutivo de...S.A. en un email, interpreta, con toda claridad y sinceridad que la responsabilidad, en el contrato, es solidaria y que “deberían de caer” la concesionaria y las otras dos entidades para hacer fracasar el contrato». No obstante —continúa diciendo el juzgador— «ha bastado la caída de una, la más débil y expuesta, para que se pretenda la resolución (del mismo)». Véase VV. AA. (2017), «¿Puede resolverse una concesión de obra que no resulta rentable en virtud de la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus?», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 152, págs. 110-111.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 4 de diciembre de 2015<sup>28</sup> resulta paradigmática al respecto. En ella se examina un supuesto de concurrencia conjunta a la licitación, en el que las adjudicatarias optan por constituir una sociedad limitada, claramente instrumental, sin que tal circunstancia impidiera a la Sala entender que aquellas debían seguir respondiendo solidariamente de las obligaciones nacidas del contrato<sup>29</sup>.

De hecho, ni siquiera la firma en exclusiva del contrato entre la Administración y dicha sociedad instrumental puede dar pie a pensar que las adjudicatarias quedan fuera de la relación jurídica que les vincula con la Administración contratante, en tanto en cuanto no haya operado un cambio efectivo en los términos de la concesión otorgada<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Sentencia 374/2015, de 4 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Procedimiento: Recurso de Apelación) [ROJ: STSJ NA 866/2015 - ECLI:ES:TSJNA:2015:866].

<sup>29</sup> En efecto, constaba en la cláusula sexta del pliego, referida a la capacidad para contratar, que podían concurrir a la licitación las personas naturales o jurídicas con plena capacidad de obrar y solvencia económica, financiera y técnica o profesional y además los licitadores que participasen «conjuntamente», los cuales debían responder «solidariamente» de las obligaciones contraídas. También figuraba en la cláusula décima del pliego, en cuanto a la presentación de proposiciones, que si la proposición era presentada por licitadores que concurrían conjuntamente, se incorporaría un documento privado en el que «se manifestase la voluntad de concurrencia conjunta, se indique el porcentaje de participación de cada uno de ellos y se designe un representante o apoderado único». Este documento de concurrencia conjunta fue aportado y suscrito por los demandantes, haciendo constar que «se constituirá una sociedad limitada (S.L.)» como fórmula para la gestión de la concesión y finalmente, el Pleno del Ayuntamiento acordó la adjudicación «a los licitadores en concurrencia conjunta».

<sup>30</sup> Se advierte así, a la luz de la normativa aplicable al supuesto que «los contratos de la Administración se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación empleado», y, en base a ese hecho, se concluye que «la formalización del contrato mediante la firma del mismo entre D. Ildefonso en calidad de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Burlada y en representación del mismo y D. Secundino, en representación de la Sociedad “Palacete Cultural, S.L.” no supone que la adjudicataria y responsable del cumplimiento sea la sociedad “Palacete Cultural, S.L.”, sino que los obligados al cumplimiento del mismo son los adjudicatarios apelantes, como ha concluido acertadamente el Juez de Instancia y en el ámbito administrativo el T.A.N. en su resolución de 27-09-2012, unida al expediente administrativo en la que considera que la adjudicación del contrato se hizo a favor de tres personas físicas exclusivamente y, aunque después promovieran una sociedad limitada para su conveniencia y la Alcaldía firmase el contrato, lo cierto es que el Ayuntamiento les otorgó la concesión

Estos postulados son, además, aplicables con carácter general, pues, incluso en los supuestos en los que, de forma válida, varias personas físicas concurren conjuntamente con el compromiso de constituir una sociedad futura, es doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratación que quienes en realidad contratan con la Administración son los sujetos que formulan la oferta (esto es, los integrantes de esa sociedad futura) y no la nueva entidad creada por estos una vez adjudicado el contrato.

El Acuerdo 18/2011, de 29 de julio de 2011, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, es igualmente expresivo al respecto<sup>31</sup>, al indicar que la fórmula empleada en la presentación de su propuesta por la licitadora —conurrencia con otros con el compromiso de constituir una sociedad futura— «implica per se la carencia de personalidad jurídica propia del licitador, no existiendo otra como no sea la de todos y cada uno de los empresarios que concurren conjuntamente».

En consecuencia, esa ausencia de personalidad jurídica de la licitadora determina que, en última instancia, «quienes contraten realmente sean sus empresarios integrantes», de manera que tanto los requisitos de capacidad de obrar y habilitación empresarial o profesional, como también la solvencia y la ausencia de prohibiciones de contratar, deben ser directamente exigibles a aquellos.

Similar doctrina puede extraerse del Informe de 17 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Baleares, en el que se destaca, como venimos señalando, que en el ámbito de las concesiones de obra pública resulta frecuente que el contrato se perfeccione con las empresas que participaron en la licitación y que el mismo sea ejecutado por otra sociedad, que actúa «como un instrumento» de aquellas. Todos estos operadores, aunque con personalidad

---

a ellos y no a la sociedad». La imposibilidad de que las adjudicatarios se desvinculen libremente del régimen obligacional al que han quedado sometidos, da lugar a una consecuencia de especial relevancia, en la que abundaremos a lo largo de este trabajo, pero que ya queda recogida en esta sentencia, y es el hecho de que la eventual insolvencia de la sociedad instrumental creada para dar cumplimiento a la concesión, no puede eximir a aquellas de tener que responder ante la Administración contratante. Señala así el Tribunal que: «Si en ejercicios posteriores la sociedad entró en concurso de acreedores, como así ha sido, nada impide que los adjudicatarios beneficiarios del acuerdo plenario de 29 de abril de 2010 sigan siendo responsables ante la Hacienda Local de abonar el canon que ofertaron, pues no consta que el Ayuntamiento haya adoptado acuerdo alguno que permitiera modificar los términos de la concesión otorgada a favor de los recurrentes».

<sup>31</sup> Acuerdo relativo a la «Concesión de Obra Pública para la construcción, instalación, mantenimiento y explotación del estacionamiento público denominado Moret en la ciudad de Zaragoza» (FD cuarto, pág. 11 y quinto, pág. 13).

jurídica distinta, mantienen entre sí un claro nexo de unión, que hace que queden equiparados en la condición de concesionarios, a los ojos de nuestro ordenamiento jurídico<sup>32</sup>.

Consideran, además, algunas Juntas Consultivas de Contratación, que en estos supuestos, en los que los adjudicatarios constituyen una nueva sociedad, concurren notas típicas de la *cesión* del contrato, así como otras que son propias de la *sucesión* de empresas, al producirse la subrogación del contrato respecto a la explotación de la concesión<sup>33</sup>.

No obstante, con frecuencia la solvencia de esos entes instrumentales es muy inferior a la que han aportado las adjudicatarias (hasta el punto, incluso, de carecer aquellos de la capacidad necesaria para contratar por sí mismos con la Administración)<sup>34</sup>, por lo que, en esos casos, la conclusión es que, tampoco, podría haberse llegado a producir el pretendido efecto de la cesión o subroga-

<sup>32</sup> Véase el Informe 12/2008, de 17 de marzo de 2009, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Contrato de concesión de obras públicas. Obras complementarias. Capacidad y solvencia de la sociedad concesionaria. Junta Consultiva de Contractació Administrativa (Illes Balears). *La Ley*, 391/2009: «De acuerdo con el art. 46, se produce una disociación entre el licitador o grupo de licitadores, que resultan adjudicatarios del contrato, y la sociedad concesionaria, que deviene titular de la concesión [...] Así, la sociedad encargada de explotar la concesión es un instrumento creado con esta finalidad por las empresas adjudicatarias del contrato, todo ello de acuerdo con las prescripciones de los pliegos de cláusulas administrativas particulares o el documento que rija la licitación. A pesar de que tienen personalidad jurídica distinta, existe una vinculación entre sí que el ordenamiento jurídico tiene en cuenta. Así, el art. 250 de la LCSP, que es una transposición del art. 63 de la Directiva 2004/18/CE, se refiere a la publicidad de los contratos de obras que el concesionario adjudique a un tercero, y dispone que no tienen la consideración de “terceros” las empresas que se han agrupado para obtener la concesión ni las empresas vinculadas a éstas. Por tanto, estas empresas se equiparan al concesionario».

<sup>33</sup> Entre otros, señala el Informe 1/2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias: «Quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras públicas, podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión. La constitución y, en su caso, la forma de la sociedad deberá ajustarse a lo que establezca, para determinados tipos de concesiones, la correspondiente legislación específica. Para este supuesto contractual (concesión de obras públicas) concurren notas propias de la cesión del contrato, en tanto se da la subrogación parcial del contrato —respecto a la explotación de la concesión— con otras, características de la sucesión de empresas porque los adjudicatarios del contrato constituyen una nueva sociedad».

<sup>34</sup> Véanse F. Blanco López (2004: 37); G. Lago Núñez (2003), «Sobre el sobre B: consideraciones acerca de la capacidad, la solvencia y las prohibiciones para contratar con las

ción de la relación concesional en favor de la nueva sociedad, salvo que esta se entienda de forma meramente parcial.

Hay que recordar, además, que la cesión del contrato solo puede producirse con el consentimiento de la Administración pública<sup>35</sup>, ya que se trata de un instrumento técnico para dotar a la contratación administrativa de la flexibilidad adecuada, que permita la sustitución del elemento subjetivo del contrato<sup>36</sup>.

De hecho, esa autorización debe manifestarse de forma previa y expresa, constituyendo un requisito de perfección del contrato, de tal modo que sin dicha autorización no se producirá la cesión<sup>37</sup>.

Esto, obviamente, no quiere decir que, si se constituye la sociedad instrumental, ese hecho no vaya a producir ningún efecto jurídico, pues en el hipotético caso de que el contratista acordase la cesión del contrato sin autorización previa de la Administración, dicho pacto producirá únicamente efectos entre las partes, pero no frente a aquella.

Por último, hay que señalar que dicha autorización, aunque es eminentemente reglada, cuenta con un cierto margen de apreciación discrecional, pues, en el fondo, la finalidad del acto administrativo que autoriza la cesión es garantizar el interés público en el cumplimiento del contrato y las obligaciones derivadas del mismo. Esto implica que, pese a que el cesionario reúna los requisitos legalmente exigidos, el órgano de contratación podrá negar la autorización<sup>38</sup>.

---

Administraciones públicas», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 23, págs. 33-44; L. Morell Ocaña (2004: 123).

<sup>35</sup> Art. 214, apdo 2º, de la Ley 9/2017. En la doctrina, véanse E. García-Trevijano Garnica (1996: 195); V. Gutiérrez Colomina (1996): A. Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz (1986: 155).

<sup>36</sup> Conforme señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 39/1978, de 22 de noviembre: «La naturaleza jurídica de la cesión se define por las siguientes notas: a) Es un negocio jurídico bilateral en el que son partes el contratista —cedido— y un tercero —cesionario—. La Administración no es parte en la cesión del contrato, aunque, en cuanto afectada por la misma, debe prestar su autorización. b) Es un negocio jurídico voluntario, de modo que la Administración no puede imponerla obligatoriamente al contratista adjudicatario».

<sup>37</sup> En contra de esta posición se manifiesta el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en Sentencia de 14 de junio del 2000, en la que se considera que la autorización es tan solo un requisito de eficacia de la cesión. Cit. [ROJ]: SJCA 1947/2016 - ECLI:ES:JCA:2016:1947].

<sup>38</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 14/10/2005 [ROJ]: STS 6182/2005 - ECLI:ES:TS:2005:6182] y Sentencia 211/2016, de 9 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander [ROJ]: SJCA 1947/2016 - ECLI:ES:JCA:2016:1947].

#### IV. LA MERMA EN LAS GARANTÍAS DE SOLVENCIA Y SU CORRECCIÓN A TRAVÉS DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES

Especial relevancia adquiere el hecho apuntado de que las sociedades instrumentales que se crean *ad hoc* para gestionar la concesión de las obras carecen con frecuencia de la solvencia exigible para contratar por sí solas con la Administración pública<sup>39</sup>.

Comprobado ese extremo, una vez adjudicado el contrato<sup>40</sup>, parece oportuno, a fin de aportar una mayor seguridad jurídica, que el poder adjudicador obligue a que el mismo sea suscrito también por las entidades adjudicatarias, incluyendo cláusulas o fórmulas que recuerden la obligación de estas de responder conjunta y solidariamente del cumplimiento íntegro de las obligaciones que derivan de la concesión que les fue otorgada<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Véanse Julián de la Morena López (2017), «Solvencia económica, financiera y técnica o profesional», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 151, págs. 100-111; VV. AA. (2018), «Acreditación de la solvencia técnica y económica en los contratos de servicios», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 154, págs. 88-89; VV. AA. (2016), «Valoración de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional de personas jurídicas pertenecientes a un grupo de empresas», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 142, págs. 66-67.

<sup>40</sup> Véase Abogados Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. (2009), «La integración de la solvencia técnica y profesional, económica o financiera con medios de tercero», *Revista de estudios locales. Cunal*, 124, págs. 49-51.

<sup>41</sup> La comprobación de ese extremo debe producirse con carácter previo a la formalización del contrato por parte de los órganos administrativos de control interno, en particular, por los servicios de Intervención General de la Administración pública, que deberán llevar a cabo la pertinente labor de fiscalización con el fin de comprobar la capacidad que acredita la nueva sociedad para dar cumplimiento al mismo. Un ejemplo de la incorporación de este tipo de cláusulas lo encontramos también en la ya citada Sentencia 151/2018, de 27 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Santander (P.O. 74/2017), en cuyo fundamento de derecho tercero se indica: «[...]este evidente riesgo, lleva al Informe de Intervención, f. 716 que pone de manifiesto una obviedad, que la SL presenta menos garantías de solvencia que las adjudicatarias exigiendo un compromiso solidario. Y ese compromiso exigido en ese informe, era claro: la suscripción solidaria del contrato por las dos adjudicatarias (únicas solventes), sin perjuicio de que, además, lo hiciera la nueva sociedad. Es decir, se pretendía la firma por tres sociedades solidariamente vinculadas al cumplimiento del contrato, y en particular por las dos adjudicatarias, como única forma de solventar las claras dudas sobre la viabilidad del proyecto».

De hecho, los pliegos de cláusulas administrativas deben contemplar, como cautela, la obligación de que los licitadores aporten una declaración responsable acreditando que la solvencia de la sociedad concesionaria sea la misma que se había exigido para la selección del contratista, así como de adquirir el compromiso de responder con idénticas garantías a las que figuraban en la oferta, durante el plazo total del contrato<sup>42</sup>.

No hay que olvidar que para poder contratar con la Administración pública resulta preciso que los licitadores acrediten contar con la necesaria solvencia económica financiera y técnica. Incluso, en su versión original, el art. 130.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, preveía de forma expresa esa exigencia en los casos de licitación de concesiones de obra pública, en particular en aquellos supuestos en los que las ofertas derivasen en la creación de una sociedad para la ejecución del contrato<sup>43</sup>.

Como es lógico, la legislación contractual actual impide también otorgar la concesión a una empresa que carezca de la necesaria solvencia, hasta el punto de que, tal como indica el art. 39 de la vigente Ley 9/2017, la consecuencia de ese hecho sería la propia nulidad radical del contrato<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Véase J. Llidó Silvestre (2015), «La trivialización de las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obra pública (STSJCV de 30 de mayo de 2014)», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 36, págs. 64-71.

<sup>43</sup> Según señalaba este precepto: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 15 a 20 en cuanto a capacidad, solvencia y prohibiciones de contratar de los empresarios, los que concurren, individualmente o conjuntamente con otros, a la licitación de una concesión de obra pública podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad, que será la titular de la concesión, en el plazo y con los requisitos y condiciones que establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin serle de aplicación los límites establecidos en el art. 282 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y en el art. 185 del Código de Comercio».

<sup>44</sup> En efecto, conforme establece este precepto: «1. Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. 2. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concorra alguna de las causas siguientes: a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el art. 71».

Consecuentemente, si la sociedad constituida por las adjudicatarias no puede contratar directamente con la Administración pública, se hace preciso que el otorgamiento de la concesión se sustente en el compromiso de estas y de la misma sociedad instrumental, de subvenir, a la vez, al cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha adjudicación.

Aunque, como más tarde veremos, las obligaciones solidarias nacen aunque no se contemplen como tales de forma expresa, su incorporación al contrato contribuye a poner de manifiesto el carácter instrumental de la sociedad creada por las adjudicatarias, como mero ente encargado de la gestión y explotación de la concesión, pero sin excluir a aquellas de su vínculo obligacional, en los términos indicados.

Entendemos que este tipo de cláusulas están amparadas en el principio general de libertad de pactos, al no haber en ella nada contrario al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, en los términos fijados por el Tribunal Supremo<sup>45</sup>.

Dicha previsión, según apuntábamos antes, debería, además, encontrar anclaje en las determinaciones de los pliegos de contratación, al deber imponerse, como doble exigencia, que se mantenga la misma solvencia acreditada a lo largo del procedimiento de licitación y que se responda con las mismas garantías que se recogieron en la oferta.

Pero, en última instancia, la cláusula a la que nos referimos es acorde con el hecho de que las adjudicatarias hayan concurrido conjuntamente y, por ende en régimen de solidaridad, sin que puedan sustraerse después al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, mediante el simple ardid de crear una sociedad pantalla, en su caso.

---

<sup>45</sup> Véase, entre otras, la Sentencia de 10 de mayo de 2004 [ROJ: STS 3130/2004 - ECLI:ES:TS:2004:3130]. Igualmente, la Sentencia 151/2018, de 27 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Santander (P.O. 74/2017), recuerda en su fundamento de derecho séptimo, que: «la ley no prohíbe otros pactos no contrarios al orden público y, garantizar el cumplimiento de un contrato público, con una responsabilidad solidaria, no lo es». En la doctrina, véase F. García Gómez de Mercado (2000), «El principio de autonomía de la voluntad en la contratación administrativa: los contratos atípicos en la nueva ley», *La Ley*, 7, págs. 1315-1320; J. P. Sarmiento Erazo (2016), «La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública», *Revista Derecho del Estado*, 37, págs. 189-211; J. M. de Solas Rafecas (2002), «El principio de la autonomía de la voluntad en la contratación privada y el de la libertad de pactos en la administrativa», en A. Cabanillas Sánchez (2002), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo / coord. por*, vol. 2 (*Derecho civil, derecho de obligaciones*), págs. 3075-3097.

## V. LA INTEGRACIÓN DE LA FALTA DE SOLVENCIA DE LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES CON MEDIOS PROPIOS DE LAS ADJUDICATARIAS

La referida cláusula contractual nos sitúa, al mismo tiempo, ante un supuesto de integración de la solvencia con medios externos, por lo que rige en este punto la doctrina emitida por los órganos consultivos en materia de contratación, según la cual es preciso que el tercero que completa la solvencia o los medios, ya sean personales o materiales, quede integrado igualmente como elemento subjetivo del contrato.

Por tanto, y a mayor abundamiento, aunque en pura hipótesis se considerase que la nueva sociedad llegó a ser titular de la concesión, las empresas adjudicatarias también lo serían, necesariamente, a través de esta vía, firmando el contrato, conjuntamente con la primera, en calidad de concesionarias.

Resulta así de particular interés para este supuesto lo indicado en el reciente Informe 2/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón, que, en relación a la cuestión objeto de controversia, concluye que la Administración pueda exigir que el tercero que completa la solvencia adquiera igualmente la condición de contratista<sup>46</sup>.

Por esa razón, el mismo órgano de consulta ya dejó señalado en su informe 23/2013 que, sin la incorporación de estos medios, la Administración contrataría con un operador económico no solvente. Y, en su virtud, la Administración «puede exigir», para garantizar su disponibilidad durante la vida de la concesión, que el tercero que completa la solvencia se incorpore como «parte del contrato»<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Sobre este particular ya se pronunció esta misma Junta Consultiva, en el Informe 23/2013 de 25 de noviembre, relativo a la viabilidad jurídica de las propuestas contenidas en una proposición no de ley sobre subcontratación en obra pública; como en la Recomendación 2/2013 relativa a los criterios de aplicación de las normas vigentes en materia de subcontratación. Así, en el Informe 23/2013 se abordó precisamente la diferencia conceptual entre subcontratación e integración de solvencia con medios externos, señalando que «cuando se habla de subcontratación nos situamos siempre en fase de ejecución, siendo responsable de esta frente a la Administración, únicamente el contratista; siendo diferente la figura de la integración de solvencia por medios externos que ampara una “suerte de subcontratación en fase de solvencia”».

<sup>47</sup> Véase, también, J. C. Gris González (2012), «La integración de la solvencia con medios externos en los contratos del sector público», *Cuadernos de derecho local*, 28, págs. 97-106; M. Pons i Duat (2010: 34); VV. AA. (2009), «Acreditación de la solvencia de las empresas por medios que pertenecen a otras empresas. Posibilidad de suplir la

De hecho, la posibilidad de que, a través de esta vía, varias empresas queden vinculadas solidariamente a la ejecución de un contrato, es admitida pacíficamente en la jurisprudencia y en el derecho comunitario europeo, tras el fallo contenido en la sentencia *Holst Italia SpA* (asunto *a/176/98*) de 2 de diciembre de 1999.

Partiendo de dicha doctrina, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, habilitó expresamente a los operadores económicos a valerse de la capacidad financiera de otras sociedades del mismo grupo para poder licitar, siempre que estas últimas adquiriesen, a su vez, un *compromiso* de corresponsabilidad, que podía exigirse que fuese de carácter *solidario*.

El art. 47 de esta Directiva, dando desarrollo a las previsiones contenidas en su exposición de motivos<sup>48</sup>, incidía en ese planteamiento al exigir al concesionario la acreditación de la disposición de los medios externos, mediante la presentación, al menos, de un compromiso explícito de las entidades u operadores económicos de proceder a su aportación a lo largo de la vida del contrato<sup>49</sup>.

---

solvencia por medio de un compromiso de subcontratación de una parte del contrato», *Contratación administrativa práctica*, 88, págs. 21-24.

<sup>48</sup> El apdo. 45 de su exposición de motivos, haciendo referencia a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ya señalaba que: «[...] Por lo que se refiere a las listas oficiales de operadores económicos autorizados, es importante tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los casos en que un operador económico que forme parte de un grupo utilice la capacidad económica, financiera o técnica de otras sociedades del grupo en apoyo de su solicitud de inscripción. Corresponde en este caso al operador económico probar que dispondrá efectivamente de estos medios durante toda la duración de validez de la inscripción. A efectos de esta inscripción, un Estado miembro puede por lo tanto determinar los niveles de exigencia que deban alcanzarse, y en particular, por ejemplo, cuando dicho operador se valga de la capacidad financiera de otra sociedad del grupo, el compromiso, si es necesario solidario, de esta última sociedad».

<sup>49</sup> Véase VV. AA. (2009), «¿Es posible la integración de la solvencia del licitador con medios externos?», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 87, págs. 25-27. Disponía este art. que «2. En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto. 3. En las mismas condiciones, las agrupaciones de operadores económicos a que hace referencia el art. 4 podrán basarse en las capacidades de los participantes en las agrupaciones o de otras entidades».

La vigente 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, extiende esa misma idea y la proclama con mayor nitidez, si cabe, al permitir recurrir a la solvencia económica y financiera de otro operador económico, en cuyo caso el poder adjudicador podrá exigir a ambas entidades que sean *solidariamente responsables* de la ejecución del contrato<sup>50</sup>.

En el ordenamiento jurídico español esta regla tuvo reflejo expreso, por primera vez, en el art. 52 de la Ley 30/2007, según el cual, al objeto de acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podía basarse en la solvencia y medios de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tuviese con ellas, siempre que demostrase que, para la ejecución del contrato, disponía efectivamente de esos medios<sup>51</sup>.

Así mismo, esa posibilidad se consagró, específicamente, en los supuestos de *sucesión de empresas*, respecto de los cuales el art. 73 bis de la propia Ley 30/2007 ya estableció que, si la nueva sociedad a la que se atribuya el contrato no contaba con la solvencia exigible, solo podía subrogarse en el régimen de derechos y obligaciones derivados de este si la entidad matriz (u otra sociedad beneficiaria) se responsabilizaba solidariamente con ella en la ejecución del contrato<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> VV. AA. (2016), «La solvencia económica y financiera de la empresa licitadora puede acreditarse mediante su integración con los medios de un tercero con el que se haya pactado previamente al efecto y la mejora de la oferta con posterioridad a la licitación no significa necesariamente su modificación», *Revista de estudios locales. Cunal*, 188, págs. 76-78. El art. 63 de la Directiva 2014/24/UE, viene a disponer que: «[...] Cuando un operador económico 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 que el operador económico y dichas entidades sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato».

<sup>51</sup> Véanse I. Gallego Córcoles (2008), «La integración de la solvencia con medios externos», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 79, pág. 73; M. Gimeno Feliú (2010), *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Madrid: Civitas; VV. AA. (2011), «Integración de la solvencia mediante medios externos», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 110, págs. 22-23.

<sup>52</sup> De acuerdo a este precepto: «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. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de

Finalmente, dicha posibilidad ha sido recogida de forma expresa en la vigente Ley 9/2017 de Contratos del sector público, cuyo artículo 75 dispone que:

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.

## VI. LA ENTRADA EN CONCURSO DE ACREEDORES DE LAS SOCIEDADES INSTRUMENTALES: SUS EFECTOS SOBRE LA EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN

La solvencia efectiva de las sociedades instrumentales no solo adquiere relevancia al comienzo del vínculo concesional, esto es, a la hora de acreditar la capacidad de dichas entidades para suscribir por sí mismas el contrato con la Administración pública, sino que opera a lo largo de la vida de este, llegando incluso a amenazar con su propia voladura.

Como es sabido, una de las causas de resolución del contrato se produce en el supuesto de que la sociedad concesionaria o contratista sea declarada en concurso y, en todo caso, cuando dentro de este se abra la fase de liquidación<sup>53</sup>.

---

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 tenga la solvencia exigida al acordarse la 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 aquélla 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».

<sup>53</sup> Conforme disponía el art. 224 del TRLCSP, «2. La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato». De la lectura del art. 211 de la vigente Ley 9/2017 parece desprenderse que la propia apertura del procedimiento concursal podría dar origen a la resolución del contrato. Los arts. 69.9.c) y 214.2.b) abonan, sin embargo, una interpretación análoga a la de la legislación anterior, de forma que, solo

Esta situación puede producirse con frecuencia en los primeros años de la vida de la concesión, particularmente tras la reciente crisis económica vivida, y como consecuencia del escaso músculo financiero con el que cuentan muchas de estas sociedades creadas *ad hoc*.

El escenario que se abre en esos momentos debe resolverse, primeramente, ante la jurisdicción mercantil, que es quien declara la situación de concurso y ante la cual se sustancia este procedimiento. Se hace preciso, por tanto, acotar, en relación a este tipo de sociedades pantalla, cuáles son los límites reales de esa jurisdicción, el papel que en esos procedimientos ha de desarrollar la Administración contratante, y las consecuencias o efectos que pueden derivarse para la explotación de la concesión, en orden a garantizar la prestación del servicio público que, normalmente, subyace a la misma.

## 1. LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN MERCANTIL

Como parece lógico, el hecho de que las empresas adjudicatarias se hayan obligado conjunta y solidariamente en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato ha de desplegar efectos, cuando menos, en orden a la responsabilidad en la que estas pudieran llegar a incurrir, en relación con la explotación de la concesión<sup>54</sup>.

Partiendo de esa base, se hace imposible sostener que la concesión estaría extinguida en todo caso, por el hecho de haber entrado en liquidación la sociedad instrumental creada para la gestión de la explotación<sup>55</sup>. De hecho, aunque en relación a la concursada, sí se produce, por imperativo legal, la resolución de la relación que mantenía con la Administración, resultaría improcedente que el juez de lo mercantil realizase ninguna declaración respecto del mantenimiento de la concesión con las empresas adjudicatarias, o de la relación que estas mantienen con la Administración.

Dicha cuestión debe quedar extramuros del procedimiento concursal abierto, en el que, además, las adjudicatarias del contrato no suelen ser parte,

---

tras la apertura de la «fase de liquidación», sería obligado declarar dicha resolución del contrato.

<sup>54</sup> Véase J. Caffarena Laporta (2002), «La extensión de la solidaridad y la dulcificación de su régimen», *Las obligaciones solidarias: jornadas de Derecho civil en Murcia*, págs. 15-74.

<sup>55</sup> Véanse M. Guinot Barona (2008), «Diferencia de trato entre la Administración Pública y el contratante privado frente a la situación de concurso: ¿una discriminación razonable?», *Diario La Ley*, 7080; M. González-Orús Charro (2017), «Declaración de concurso y contratos: resolución en interés del concurso y resolución por incumplimiento», *Ars Iuris Salmanticensis*, 1, págs. 109-128.

confiando la representación de sus intereses a la sociedad instrumental en situación de concurso.

Del mismo modo, en el supuesto examinado el administrador concursal no podrá incluir en el plan de liquidación del concurso a una concesión administrativa cuya resolución *ope legis* no corresponde certificar a la jurisdicción mercantil, al existir otras sociedades involucradas, que han sido adjudicatarias y responsables solidarias del cumplimiento de la concesión<sup>56</sup>.

Así pues, el juez del concurso no es competente para determinar cuáles son las consecuencias de la liquidación de la concesión. Tampoco lo es para determinar, ni siquiera con carácter prejudicial, los efectos de la apertura de la fase de liquidación, respecto a terceros, diferentes al concursado, que hubieran suscrito el contrato de concesión<sup>57</sup>.

Por todo ello, el plan de liquidación no puede decidir sobre la extinción de la concesión ni sobre los efectos de la apertura de la fase de liquidación frente a terceros distintos de la concursada que suscribieran el contrato con cualquier carácter. Tampoco sobre si existe uno o más concesionarios<sup>58</sup>.

En conclusión, el plan de liquidación se limita a hacerse eco de las consecuencias legales de la apertura de la fase de liquidación y disolución de la sociedad respecto del vínculo contractual existente entre la Administración y la concursada, por lo que habrá que estar a lo que se resuelva sobre la liquidación de la concesión por los cauces legalmente establecidos<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Véanse I. Hualde López (2014), «El plan de liquidación», en A. J. Rojo Fernández Río, J. Quijano González y A. B. Campuzano Laguillo (dirs.), *La liquidación de la masa activa: VI Congreso español de Derecho de la Insolvencia «In memoriam Emilio Beltrán»*, págs. 479-530.

<sup>57</sup> Sobre las intrusiones del derecho concursal en el derecho administrativo y viceversa, véase C. Asencio Pascual (2012), «El concurso de acreedores de la sociedad concesionaria», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 16, págs. 233-245.

<sup>58</sup> Véanse E. M. Beltrán Sánchez (206), «Plan de liquidación», en E. M. Beltrán Sánchez, A. B. Campuzano Laguillo, M. T. Alameda Castillo y A. José Rojo Fernández Río (coords.), *Comentario de la Ley concursal*, vol. 2, págs. 2366-2377; I. Hualde López (2014), «Las incidencias en la presentación y aprobación del plan de liquidación», en A. J. Rojo Fernández Río, J. Quijano González y A. B. Campuzano Laguillo (dirs.), *La liquidación de la masa activa: VI Congreso español de Derecho de la Insolvencia «In memoriam Emilio Beltrán»*, págs. 867-890.

<sup>59</sup> Véase el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria, núm. 173/2017, de 13 de diciembre.

## 2. EL CARÁCTER MERAMENTE INFORMATIVO DEL INVENTARIO DEL CONCURSO

Procede añadir, a su vez, que, en el hipotético caso de que en el inventario del concurso de acreedores haya figurado atribuida la concesión administrativa a nombre de la sociedad instrumental, sin que la Administración lo haya impugnado, ello tampoco podría constituir óbice alguno frente al planteamiento que venimos defendiendo<sup>60</sup>.

En este sentido, el Auto de 13 de diciembre de 2017 de la Audiencia Provincial de Cantabria recuerda el carácter meramente informativo y no constitutivo de derechos de los inventarios de los procedimientos concursales, máxime existiendo controversias cuya resolución no corresponde al juez de lo mercantil<sup>61</sup>.

Se trata de una doctrina absolutamente consolidada, de la que es expresiva también, y entre otras muchas, la Sentencia de 3 de mayo de 2013 de la Audiencia Provincial de Granada, que recuerda que la falta de impugnación del inventario no afecta a la indebida inclusión de un determinado derecho en el mismo<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Véase J. Conde Fuentes (2014), «La impugnación del inventario y de la lista de acreedores (provisional y definitiva)», *Revista General de Derecho Procesal*, 33; J. F. Herroero Perezagua (2017), «La lista de acreedores y el inventario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en José Antonio García-Cruces González (dir.), *Jurisprudencia y concurso: (estudios sobre la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo formada en aplicación de la Ley Concursal)*, págs. 271-319.

<sup>61</sup> Véase (FD Segundo): «Ninguna duda existe sobre el carácter meramente informativo del inventario. Especialmente por este carácter informativo no puede considerarse como documento constitutivo de derechos, especialmente cuando dependen de consecuencias legales de las relaciones vigentes entre las partes para cuya concreción no es competente el juez del concurso» [RO]: AAP S 389/2017 - ECLI:ES:APS:2017:389].

<sup>62</sup> De acuerdo a esta sentencia: «La única posibilidad que reconoce la Ley Concursal, para la impugnación del inventario, en el artículo 96.2, hace referencia a la inclusión o exclusión de bienes y derechos, sin extender su alcance, teniendo en cuenta sus meros efectos informativos, a las características de los derechos de créditos incluidos en él. [...] Es claro por ello que no pueden promoverse incidentes dirigidos a pretender modificaciones como la aquí reclamada, dirigida a que simplemente se introduzcan o varíen determinadas características de uno de los créditos incorporados en el inventario de la masa activa, carentes de sentido en el proceso concursal, al no producir el inventario ningún efecto de cosa juzgada. Por ello, reiterando a los reducidos efectos del inventario dentro del concurso, meramente informativo, como admite la apelante, y que las consecuencias de la falta de impugnación, en todo caso, no

Sin ánimo de exhaustividad, la Sentencia de 19 de octubre de 2015, del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, advierte, a su vez, que la verdadera finalidad de estos inventarios es dar a conocer a los acreedores cuáles son las pretensiones dinerarias que la sociedad concursada tiene frente a terceros<sup>63</sup>.

Consecuentemente, aunque la Administración contratante no hubiese impugnado en un principio el inventario del concurso, limitándose a atacar el plan de liquidación propuesto, no cabe, en modo alguno, concluir que haya admitido que la sociedad instrumental sea la única que deba responder como titular de la concesión administrativa o que esta haya quedado resuelta por el hecho de haberse abierto la fase de liquidación del concurso.

### 3. LA NECESIDAD DE INSTAR LA RESOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO EN LA VÍA ADMINISTRATIVA

En cuanto a las sociedades licitadoras, si, una vez concluido el procedimiento concursal ante la jurisdicción mercantil, decidiesen discutir la obligación que recae sobre ellas de continuar con la ejecución del contrato, deberían instar ante el poder adjudicador la apertura del correspondiente procedimiento para la resolución y liquidación de la concesión administrativa<sup>64</sup>.

La jurisdicción contencioso-administrativa no puede, obviamente, entrar sin más a pronunciarse sobre la extinción o no de la concesión administrativa, pues tanto la resolución potestativa de los contratos como la obligatoria, en su caso, requieren del pronunciamiento previo en la vía administrativa.

Al respecto cabe traer a este lugar la cita de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Ourense de 21 de abril de 2017, en la que se advierte que la resolución del contrato de concesión no

---

afectaban a la inclusión o exclusión de un determinado derecho [...]» [ROJ]: SAP GR 569/2013-ECLI:ES:APGR:2013:569].

<sup>63</sup> Véase el Fundamento de Derecho Cuarto: «Aún más, teniendo el inventario mero carácter informativo y no declarativo de derechos, la inclusión del crédito de la concursada contra GSE tiene por finalidad informar a los acreedores de la pretensión dineraria que la concursada tiene contra tercero, cuyo resultado definitivo y firme será en que resulte del proceso ordinario que se sigue ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Colmenar Viejo con el núm. 457/13» [ROJ]:SJMM4928/2015-ECLI:ES:-JMM:2015:4928].

<sup>64</sup> Al respecto, el art. 212 de la Ley 9/2017, recuerda que: «1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca».

se produce automáticamente con la apertura de la fase de liquidación del concurso<sup>65</sup>.

Tampoco cabría entender que cualquier pronunciamiento de la Administración ante la jurisdicción en la que se sustancia el concurso de acreedores pudiera servir a las adjudicatarias para eludir la tramitación de los referidos procedimientos y obtener así una suerte de atajo.

De hecho, es posible que, al no estar aquellas formalmente personadas ante la jurisdicción mercantil, opte la Administración por comunicarles la posición que va a mantener en el procedimiento concursal, a fin de evitar que se cause daño alguno al interés público como consecuencia de la eventual interrupción de la prestación del servicio concesionado.

Cualquier decisión al respecto debe insertarse exclusivamente en el seno del citado procedimiento sustanciado ante la jurisdicción mercantil, sin que pueda ser tomado como un acuerdo dirigido a dirimir acerca de la resolución del contrato, que pudiera ser impugnado en vía contencioso-administrativa.

## VII. LA OBLIGACIÓN SOLIDARIA DE RESPONDER DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO FRENTE A LA TESIS DEL MERO FIADOR

Asentada, pues, la necesidad de que la Administración contratante, previa tramitación del correspondiente expediente, se pronuncie sobre la resolución o no de la concesión otorgada, resta por examinar cuál ha de ser la respuesta de fondo que debe darse a esta cuestión.

---

<sup>65</sup> Véase la Sentencia 80/2017 de 21 de abril de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Ourense [ROJ: SJCA 933/2017 - ECLI:ES:JCA:2017:933]: «IV.- Se insiste en la Demanda en que la apertura de la fase de liquidación en el procedimiento judicial concursal de la contratista determina la resolución forzosa del contrato, por imperativo de lo dispuesto en los arts. 112.b) y 113.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicable al caso por razones cronológicas. Lo cierto es que no existe discusión al respecto en este litigio. El Ayuntamiento de Ribadavia así lo asumió en el propio acuerdo plenario impugnado. Lo que no puede aceptarse es que, como se afirma en la demanda, la resolución se produzca “automáticamente” con la apertura de la fase de liquidación concursal por el Juzgado Mercantil. Es necesario en todo caso que se declare por resolución de la Administración, previa tramitación del correspondiente expediente, conforme dispone expresamente el art. 113.1 de la referida Ley 13/1995. El procedimiento administrativo resulta preceptivo tanto para la resolución obligatoria del contrato como para la potestativa. Más aún en un caso como el aquí analizado, en el que existía una divergencia patente entre las partes del contrato sobre las consecuencias esenciales de su resolución (indemnizaciones, avales, etc.)».

Al respecto, no sería del todo inusual que, desde la posición de las adjudicatarias, se viniera a defender que aquellos que concurren conjuntamente a la licitación, creando una sociedad instrumental, no gozan de la condición de contratistas, ni deben responder solidariamente de las obligaciones que derivan del contrato.

Conforme a esta tesis, cabría entender que los licitadores en ningún momento adquieren la condición de concesionarios, sino solo la de meros garantes o *fiadores* de las obligaciones que asume dicha sociedad instrumental, en tanto que el contrato siga produciendo efectos. Consiguientemente, si ese vínculo queda resuelto, como consecuencia de haber entrado la concesionaria en liquidación, la obligación de aquellas estaría igualmente extinguida<sup>66</sup>.

Esa garantía tendría por tanto como finalidad operar durante el cumplimiento del contrato, o responder en caso de incumplimiento, pues la obligación de un fiador se extingue, a la vez que lo hace la obligación del *deudor principal*<sup>67</sup>.

Según este planteamiento, el régimen al que se encuentran sujetas las adjudicatarias sería el aplicable a las *garantías prestadas por terceros*, regulado en el art. 112 de la Ley 9/2017<sup>68</sup>; condición que ostentarían, dado que el único titular del contrato sería la sociedad instrumental constituida.

---

<sup>66</sup> Esta posición se ha mantenido por la parte actora, entre otras, en la meritada Sentencia 151/2018, de 27 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Santander (P.O. 74/2017), fundamento de derecho tercero.

<sup>67</sup> Véanse M. C. Luque Jiménez (2013), «La fianza y sus efectos entre fiador y acreedor: el beneficio de excusión o de orden», en A. Cañizares Laso (coord.), *Perspectivas actuales del derecho de garantías*, págs. 115-136; L. Martínez-Calcerrada y Gómez (1992), «El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La Ley*, 3, págs. 817-832; J. P. Viñas Bosquet (2001), «Fianzas, avales y demás garantías en la legislación de régimen Local», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, 5, págs. 820-848; F. Valenzuela Garach (1996), «El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales», en M. Muñoz Cervera y U. Nieto Carol (coords.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, vol. 1 (*Parte general y garantías personales*), págs. 421-466; VV. AA. (2016), «La incautación de la garantía en los procedimientos de resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista y el criterio del nuevo anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público: vuelta a la función punitiva de la fianza», *Revista de estudios locales. Cunal*, 193, págs. 66-68.

<sup>68</sup> Véase A. Macías Castillo (2010), «Efectos del derecho de garantía prestado por un tercero en el supuesto de adhesión de un convenio de suspensión de pagos», *Actualidad civil*, 22.

Tal como dispone este precepto, las personas distintas del contratista que presten garantías en su favor no podrán utilizar el *beneficio de excusión* a que se refiere el Código Civil en sus arts. 1830 y concordantes. Esto cabría interpretarse en el sentido de que, si bien no se puede hacer uso del citado beneficio, el resto de la normativa reguladora de la fianza sí resultaría de aplicación en estos casos<sup>69</sup>.

Esa interpretación daría entrada al régimen previsto en los arts. 1822 y siguientes del Código Civil, en los cuales se establece que:

- a) En la fianza, se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en caso de no hacerlo este (art. 1822).
- b) La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor principal (art. 1847).
- c) El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el propio deudor (art. 1826).

La conclusión sería, pues, que, si no se puede obligar a los fiadores a más de lo que se puede obligar al deudor principal, y la obligación de este ha finalizado con la apertura de la fase de liquidación en el concurso (por la resolución *ipso iure* de la concesión y la extinción de la misma), tampoco se podría obligar a las adjudicatarias a seguir con la concesión —ya que tal cosa no está prevista en el ordenamiento jurídico—, ni cabría exigirles que cumplan por la sociedad instrumental, si el contrato en definitiva ya se encuentra extinguido<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Véase M. Varea Sanz (1997), «Fianza mercantil. Improcedencia de los beneficios de excusión y división. Carácter solidario de las obligaciones mercantiles. Especificidad del Derecho mercantil respecto al Derecho civil», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 45, págs. 899-914.

<sup>70</sup> Sobre el alcance de la obligación del fiador, véanse J. L. Argudo Pérez (2011), «La fianza», en I. Miralles González (coord.), *Contratos típicos*, págs. 99-124a; A. Ávila de la Torre (2007), «La fianza mercantil», en A. Bercovitz Rodríguez-Cano y M. A. Calzada Conde (dirs.), *Contratos mercantiles*, vol. 1, tomo 1, págs. 1045-1071; Bacchi Argibay (2014), «Contrato de fianza y concurso del deudor principal», *Revista CADE: doctrina y jurisprudencia*, 29, págs. 5-18; M. J. Reyes López (2011), «Art. 1847. Extinción de la obligación del fiador», en R. Valpuesta Fernández, A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras y F. J. Orduña Moreno (dirs.), *Código civil comentado*, vol. 4 (*Libro IV. Obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción, arts. 1445 al final*), págs. 1236-1242; A. Ortí Vallejo (2006), «El Contrato de fianza», en F. J. Sánchez Calero y B. Moreno Quesada, *Curso de derecho civil*, vol. 2 (*Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*), págs. 683-701.

Todo ello, a la postre, haría que los ofertantes pudieran ser considerados responsables solidarios, como *fiadores*<sup>71</sup>, pero no como *titulares* de la concesión, porque según este planteamiento —insistimos— solo lo sería la sociedad instrumental creada por aquellos.

Por tanto, si se suscribió una cláusula contractual para integrar la falta de solvencia de la sociedad constituida y existe un único titular de la concesión, el compromiso adquirido por el resto de empresas firmantes del contrato quedaría extinguido desde ese preciso instante.

Ahora bien, el referido planteamiento resulta a nuestro juicio ciertamente erróneo, debiendo objetarse en su contra cuanto pasamos a exponer continuación.

### 1. LA OBLIGACIÓN DE RESPONDER SOLIDARIAMENTE A LA LUZ DEL TIPO DE OFERTA PRESENTADA Y DEL ACUERDO DE ADJUDICACIÓN QUE HA DE EMITIRSE

Según venimos insistiendo, desde la propia raíz de la relación jurídica que las adjudicatarias entablan con la Administración, queda determinado el carácter solidario de la obligación asumida por estas, toda vez que se trate de un procedimiento de licitación en el que formulan su oferta de manera conjunta.

Ya apuntamos, además, que, en sentido estricto, la posibilidad de concurrir a la licitación de una concesión de obras «con el compromiso de constituir una sociedad, que será la concesionaria»<sup>72</sup>, queda limitada a los empresarios

<sup>71</sup> Sobre los fiadores solidarios, véanse M. J. Calvo San José (2010), «La fianza solidaria», *Contratos de distribución comercial: garantías personales*, págs. 303-312; R. A. Muguillo (2006), «Efectos del acuerdo homologado. La situación de los fiadores y codeudores solidarios y la llamada novación concursal», *Derecho comercial y de las obligaciones*, 217, págs. 345-361; E. Toral Lara (2016), «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 244/2016, de 13 de abril. Contrato de co-fianza o fianza solidaria. Necesidad de la firma de todos los fiadores solidarios para su validez», *Ars Iuris Salmanticensis*, 2, págs. 216-219.

<sup>72</sup> Véase F. J. Fernández Romero (2007), «El contrato de concesión de obras públicas», *Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial*, págs. 21-47; A. Gil García (2009), «Aspectos relevantes del contrato de concesión de obra pública», *Revista de derecho de Extremadura*, 4, págs. 139-152; J. A. Gieure Le Caessant (2012), «El contrato de concesión de obra pública», en H. Llavador Cisternes (coord.), *Contratación Local*, págs. 724-749; R. Rafael Gómez-Ferrer Rincón (2004), «El régimen económico del contrato de concesión de obra pública», en R. Gómez-Ferrer Morant (coord.), *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, págs. 1257-1287.

que sean personas físicas, y no abarca el supuesto de personas jurídicas ya constituidas como tales sociedades, según lo que la propia Junta Consultiva de Contratación del Estado ha venido a señalar en su Informe 54/04, de 12 de noviembre de 2004.

Formulada así la oferta, el órgano de contratación debe adjudicar la concesión a la UTE integrada por dichas empresas<sup>73</sup>.

Pues bien, aunque formalmente se constituya después una sociedad instrumental, si en las cláusulas del propio contrato se determina que las empresas licitadoras se obligan conjunta y solidariamente con aquella, es indudable que la situación de insolvencia y la resolución del concurso respecto de dicha sociedad instrumental, no ha de arrastrar al resto, ni ha de conducir a que el contrato quede automáticamente extinguido, eximiendo a las adjudicatarias de toda obligación<sup>74</sup>.

La propia Ley 30/2007 daba la solución indicada al referirse a las *obligaciones solidarias* de las empresas adjudicatarias, disponiendo en su art. 48.2, en relación a las UTE, que los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedan obligados solidariamente y deben 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.

A efectos de cubrir la laguna legal que existe en este punto, cabe entender que ese régimen jurídico y la doctrina desplegada en torno al mismo son igualmente aplicables al supuesto de las sociedades concesionarias instrumentales, en el que los distintos contratistas responden de forma ilimitada frente al poder público adjudicador.

---

<sup>73</sup> Véase J. Moya Ballester (2011), «Las uniones temporales de empresas: concepto y régimen jurídico aplicable», *Revista de derecho mercantil*, 282, págs. 155-186; Platero Alcón (2017: 89); M. Silva Martín (2010), «Uniones temporales de empresas: un negocio en colaboración», *Revista de gestión pública y privada*, 15, págs. 121-136.

<sup>74</sup> Véase F. J. Barbancho Tovillas (1996), «Obligación solidaria y obligación indivisible», *Cuadernos de derecho judicial*, 8, págs. 55-166; J. Caffarena Laporta (2002: 15); A. D. Haro Acosta (2008), «La extinción de las obligaciones solidarias», *Ars Juris*, 40, págs. 237-255; J. B. Jordano Barea (1996), «Las obligaciones solidarias», en J. L. Iglesias Prada (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 4, págs. 4895-4920; F. A. Ossola (2014), «Obligaciones solidarias y concurrentes: Necesidad de un replanteo. La cuestión en el Derecho vigente y en el Proyecto de 2012», *Revista de responsabilidad civil y seguros*, 9, págs. 5-25; VV. AA. (2002), «Contratistas obligados mancomunada o solidariamente. Doctrina. Interpretación del contrato. Incumplimiento de uno de ellos», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, 18, pág. 2973.

Esto es así porque el régimen previsto para que la Administración celebre contratos con agrupaciones temporales de empresarios que se constituyan al efecto tiene como rasgo principal el de someter el vínculo que así surja a las reglas de las obligaciones solidarias. De este modo, cada una de las personas jurídicas empresariales que integren la agrupación ostentarán frente a la Administración contratante la posición jurídica legalmente establecida para aquella clase de obligaciones, de acuerdo a lo estipulado en el contrato.

En este sentido, la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2.001<sup>75</sup> somete el vínculo que surge en estos casos a la regulación establecida en los arts. 1.137 y siguientes del Código Civil, lo que significa que esa agrupación de empresarios, que aglutina a quienes aparecen en la posición de *contratistas*, no es algo que pueda encarnar frente a la Administración adjudicadora un centro separado de imputación de derechos y obligaciones, al margen de sus integrantes<sup>76</sup>.

Carece por ello de fundamento la idea de que las uniones temporales de empresas y las propias sociedades instrumentales que vienen a sustituirlas puedan actuar autónomamente, y con total independencia de las personas jurídicas que licitaron y fueron adjudicatarias del contrato, ostentando una diferenciada capacidad jurídica de obrar, para realizar los actos que requiera la dinámica del cumplimiento del contrato administrativo.

El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en su Informe 177/2013, viene a señalar así, con base en jurisprudencia civil y administrativa<sup>77</sup>, que la

<sup>75</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 26-04-2001, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª (ROJ: STS 3416/2001 - ECLI:ES:TS:2001:3416).

<sup>76</sup> Señala el Alto Tribunal en el referido pronunciamiento que: «Ese es el efecto principal y sustantivo de la regulación contenida en esos arts. 10 de la LCE y 26 y 27 RGCE, y las demás prescripciones que en ellos se establecen han de ser entendidas con un carácter instrumental o subordinado en relación a dicho efecto principal. Así, la exigencia de acreditar la capacidad de obrar de cada empresario, como la de indicar sus nombres y circunstancias, es un requisito que resulta imprescindible para que pueda tener lugar el efecto que es propio de la solidaridad, y que consiste en la posibilidad de que la otra parte del contrato (en este caso la Administración) pueda exigir a cualquiera de los que se vinculó con carácter solidario el total cumplimiento de las obligaciones que constituyen el contenido del contrato; y la designación de un representante único, con poderes bastantes para desarrollar la actuación que corresponde a cada uno de los solidariamente obligados, es una regla destinada a facilitar la relación entre éstos y la Administración contratante» [ROJ: STS 3416/2001 - ECLI:ES:TS:2001:3416].

<sup>77</sup> Invoca dicho informe, como apoyo, la Sentencia de 23 de marzo de 2000 de la Audiencia Nacional, en la que se expresa lo siguiente: «[...] En orden a la primera alegación su desestimación deviene en base a las siguientes razones: de los datos fácticos aportados al proceso, y que se expresan en el primer antecedente de hecho de esta sentencia, aparece que la adjudicataria de la obra fue la Unión Temporal de Empresas

Administración puede dirigirse frente a cualquiera de los contratistas que han concurrido unidos a la presentación de la oferta, de modo que no procedería la resolución del contrato por el hecho de que uno de ellos haya entrado en fase de liquidación, como consecuencia de estar inmerso en un concurso de acreedores<sup>78</sup>.

Este mismo planteamiento ha sido acogido, a su vez, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que en su Informe 1/2017, de 13 de julio, ha recopilado algunos de los antecedentes que hemos dejado señalados previamente, concluyendo en favor de la excepcionalidad, por razones de interés público, de la resolución del contrato en aquellos casos, como el que nos ocupa, en el que concurren varios sujetos que han quedado responsabilizados, de manera conjunta y solidaria, frente a la Administración contratante.

Tal como recuerda este órgano consultivo, desde la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2000, se califica como supuesto de resolución del contrato la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, de modo que el concurso de acreedores daría paso a la disolución de la entidad concursada (art. 178.3 de la Ley Concursal), que dejaría de ser miembro de la Unión Temporal de Empresas.

---

formada por dos compañías constructoras, por la que la suspensión de pagos, a la que devino una de ellas, carece de virtualidad jurídica, ya que, por un lado, esta situación concursal se presenta por una sola de las personas jurídicas que constituían el sujeto jurídico obligado, como adjudicatario, a ejecutar la obra contratada; en segundo lugar, la situación legal de suspensión de pagos, únicamente determina los efectos jurídicos de la intervención judicial de las operaciones a efectuar en el tráfico jurídico-comercial por la entidad suspensa, pero para afectar al cumplimiento de sus obligaciones nacidas de los contratos por ella concertados, no existe paralización de la actividad empresarial y jurídica que constituye el quehacer de su objeto social; [...] La alegación de la parte recurrente sobre que la Administración debió proceder a resolver el contrato por la suspensión de pagos de una de las empresas que formaban la unión temporal de empresas debe ser desestimada, toda vez, que tal situación concursal únicamente afecta a una de ellas, cuando ambas estaban obligadas al cumplimiento del contrato» [RO]: SAN 1988/2000 - ECLI:ES:AN:2000:1988].

<sup>78</sup> En concreto, viene a señalar el órgano consultivo, que: «La naturaleza ilimitada de esta responsabilidad supone por tanto en el caso que nos ocupa, que la Administración, en cuanto tercero, puede reclamar a cualquiera de las empresas miembros de la UTE, individualmente, la totalidad de las obligaciones que la UTE debe afrontar, independientemente de la participación de las empresas en la UTE [...] Aun cuando no se trata de supuestos de extinción de resoluciones contractuales por la causa aquí invocada (en la búsqueda efectuada desde este Consejo no se ha podido encontrar jurisprudencia que aplique la misma)».

De este modo, en el caso de las UTE, tal circunstancia vendría a comportar la extinción del acuerdo de voluntades que genera la propia unión temporal y, con ello, la desaparición automática de la misma y de una de las empresas que contrataron con la entidad pública, por lo que, ante esta circunstancia, la ley parece asumir, en principio, el efecto de la resolución del contrato.

No obstante, ni el Real Decreto Legislativo del 2000, ni la posterior LCSP o su texto refundido, abordaron de forma expresa la cuestión relativa a la *pluralidad de obligados*, refiriéndose tan solo a aquellos supuestos en los que existe una sola entidad contratista y no una agrupación de empresarios, en donde podría haber una persona jurídica capaz de encargarse de la ejecución del contrato, aunque ya no formase parte de dicha unión temporal, al extinguirse esta<sup>79</sup>.

En consecuencia, aunque el sentido de la norma apunta a que la insolvencia del concursado conduce a su extinción como contratista, tal situación no se da, necesariamente, cuando hay varios obligados solidarios, pues el concurso es un procedimiento individualizado y no se refiere a varios deudores unidos por un vínculo de esa naturaleza.

En contra, cabe recordar que el ordenamiento jurídico manifiesta con rotundidad que la resolución del contrato, en el supuesto de apertura de la fase de liquidación del concurso, opera *siempre*, negando a la Administración cualquier clase de discrecionalidad en este punto. Por tanto, podría sostenerse que el mantenimiento del contrato con las adjudicatarias que constituyeron la sociedad instrumental comportaría una novación subjetiva de la prestación, no contemplada expresamente en la norma.

Ahora bien, tal solución, según indica la Junta Consultiva de Contratación, en el meritado Informe 1/2017, es perfectamente congruente con el criterio expuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

---

<sup>79</sup> Arts. 242, 245 y 246 de la Ley 30/2007. Véase VV. AA. (2017), «Insolvencia de una empresa integrante de la UTE adjudicataria de un contrato público antes de que se produzca la formalización de éste», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 149. También se pronuncia en idéntico sentido la Junta Consultiva de Contratación de Valencia, en su Informe 9/2011, de 27 de marzo de 2012, en el que se concluye lo siguiente: «La suspensión de pagos, a la que devino una de ellas, carece de virtualidad jurídica, ya que, por un lado esta situación concursal se presenta por una sola de las personas jurídicas que constituían el sujeto jurídico obligado, como adjudicatario, a ejecutar la obra contratada. En estos casos entendemos que si bien pueden adoptarse soluciones intermedias para no crear perjuicios a la Administración contratante ni a las empresas que, formando parte de la UTE, se hallan en situación de continuar con el contrato».

de 24 de mayo de 2016<sup>80</sup>, en la que claramente se proclama que el principio de igualdad de trato no se viola cuando se autoriza a uno de los operadores económicos que formaban parte de una agrupación de empresas a sustituirla tras su disolución y a participar, en su propio nombre, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, siempre y cuando se acredite que ese operador económico cumple en solitario los requisitos definidos por dicha entidad y que el hecho de que siga participando en dicho procedimiento no implica un deterioro de la situación competitiva de los demás licitadores<sup>81</sup>.

Este criterio ya hemos visto que se admite para la ejecución posterior a una adjudicación ya decidida, en la Resolución 731/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, donde se afirma que la falta de presentación de la documentación necesaria para la adjudicación del contrato por una de las entidades que forman la UTE no impide la adjudicación a favor de un operador individual que inicialmente concurrió al procedimiento integrado en ella.

En ese mismo sentido, debemos recordar que las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 215/2013 y 107/2012 resolvieron sendos supuestos en los que se producía la retirada de una empresa de las que formaban una UTE, confirmándose en ambos casos que esa circunstancia no impide la adjudicación del contrato al resto, siempre que se acredite que cuentan con la solvencia suficiente y se mantenga inalterable la proposición, dado que en caso contrario se trataría de una modificación sobrevenida de la oferta.

Por tanto, acreditada la aplicación de dicho régimen obligacional, lo lógico es que el contrato lo cumpla el deudor solidario, pues aunque este supuesto no esté formalmente regulado en nuestro ordenamiento, lo cierto es que la ley no puede regular todas las necesidades nacidas de la libertad de pactos y solo puede prohibir aquellos acuerdos o cláusulas que sean contrarios al orden público, según veremos a continuación<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Asunto C-396/14.

<sup>81</sup> Véase L. Sánchez Pérez (2011), «Variaciones concursales de una UTE», *Diario La Ley*, 7678; J. C. Vázquez Cueto (2011), «La unión temporal de empresas y el concurso de acreedores», *Anuario de derecho concursal*, 23, págs. 43-110; VV. AA. (2017), «Insolvencia de una empresa integrante de la UTE adjudicataria de un contrato público antes de que se produzca la formalización de éste», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 149.

<sup>82</sup> En este sentido cabe citar la Sentencia 151/2018, de 27 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Santander (P.O. 74/2017), F.D. sexto. Véase, en relación a este precepto, J. E. Candela Talavera (2018), «Contratación pública. Novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, 1, págs. 45-54S. Valencia Vila

En el caso, pues, de varios empresarios obligados solidariamente, siempre que exista uno de ellos que no esté sujeto a la referida causa de resolución y que cuente por sí solo con las condiciones necesarias de solvencia técnica y económica exigibles, quedará obligado a continuar con la ejecución del mismo, asumiendo la explotación de la concesión administrativa<sup>83</sup>.

En consecuencia, a la luz de los citados pronunciamientos, podemos concluir en relación al supuesto examinado, que:

- a) En lo que hace a los derechos y obligaciones que fueron estipulados en relación al contratista, cada una de las personas jurídicas empresariales que han quedado agrupadas de ese modo ostentan frente a la Administración contratante la posición jurídica legalmente establecida en los arts. 1.137 y siguientes del Código Civil.
- b) La otra parte (esto es, la Administración contratante) puede exigir a cualquiera de los que se vinculó con carácter solidario el total cumplimiento de las obligaciones que constituyen el contenido del contrato.
- c) La entrada en fase de liquidación concursal de una de esas sociedades, o la extinción de su personalidad jurídica por cualquier otro motivo, no conduce necesariamente a la resolución del contrato si los demás obligados reúnen las condiciones necesarias para continuar con su ejecución y, en consecuencia, no se han visto afectados por dicha circunstancia impeditiva.
- d) La resolución del contrato constituye una medida excepcional y remedio último en materia contractual, al afectar al interés público que la inspira, que podría verse seriamente dañado de optarse por esa solución.

---

(2018), «Régimen de control», en S. Tenhaeff Lackschewitz, J. F. Mestre Delgado y L. Manent Alonso (dirs.), *La Ley de contratos del sector público: Ley 9/2017, de 8 de noviembre: aspectos novedosos*, págs. 259-294; F. J. Vázquez Matilla (2018), «El contrato de concesión de obras», en A. Palomar Olmeda, M. Garcés Sanagustín y J. Vázquez Garranzo (coords.), *Comentarios a la Ley de contratos del sector público: adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre*, págs. 669-736.

<sup>83</sup> Véase F. J. Barbancho Tovillas (1996), «Obligación solidaria y obligación indivisible», *Cuadernos de derecho judicial*, 8, págs. 55-166; A. D. Haro Acosta (2008), «La extinción de las obligaciones solidarias», *Ars Iuris*, 40, págs. 237-255; J. B. Jordano Barea (1996), «Las obligaciones solidarias», en J. L. Iglesias Prada (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 4, págs. 4895-4920; F. A. Ossola (2014), «Obligaciones solidarias y concurrentes: Necesidad de un replanteo. La cuestión en el Derecho vigente y en el Proyecto de 2012», *Revista de responsabilidad civil y seguros*, 9, págs. 5-25; VV. AA. (2002), «Contratistas obligados mancomunada o solidariamente. Doctrina. Interpretación del contrato. Incumplimiento de uno de ellos», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, 18, págs. 2973.

La doctrina expuesta ha sido expresamente acogida en el vigente art. 69.9.c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que, en relación a las uniones de empresarios, dispone que:

Quando 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.

De esta forma, se puede afirmar que el legislador recoge una doctrina que los tribunales administrativos en materia de contratos ya aplicaban, aunque no hasta el punto de hacerla extensiva, expresamente, a todos aquellos supuestos en que el régimen de las obligaciones solidarias puede llegar a operar en el ámbito de la contratación administrativa, sino limitándola al caso concreto de las UTE, y de ahí la laguna legal que sigue existiendo en nuestro ordenamiento jurídico.

## 2. LA TESIS DEL FIADOR Y LA GARANTÍA DEL INTERÉS PÚBLICO

Sería absurdo, por otra parte, pretender que los efectos del requerimiento que debe efectuar el poder adjudicador, ante la imposibilidad de que el contrato de concesión sea firmado únicamente por una sociedad que carece de la misma solvencia que sus creadoras, se traduzca en una simple garantía que pudiera saltar por los aires en el momento justo en el que un juez de lo mercantil declarase a dicha sociedad en situación de concurso de acreedores y, por tanto, de *insolvencia*.

Precisamente, lo que se trata de evitar en los supuestos de la creación de sociedades concesionarias instrumentales es que una situación de este tipo ponga en jaque a la concesión administrativa y para ello cabe instrumentar soluciones como la cláusula contractual a la que nos hemos referido en el presente trabajo, al objeto de que sea asumida por todas las partes.

Lo que ha de buscarse, por tanto, es garantizar la prestación del servicio público y, al mismo tiempo, evitar la tentación que, en su caso, pudiesen albergar las sociedades adjudicatarias de eludir cualquier tipo de *riesgo y ventura* en la ejecución del contrato suscrito con la Administración<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> Acerca del carácter intrínseco de este principio, en el contrato de concesión de obras, véase, J. Morcillo Moreno (2008), «El contrato de concesión de obra pública», en J. A. Moreno Molina (coord.), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, págs. 369-418; J. de la Morena López (2012), «El contrato de

No olvidemos las consecuencias —ya apuntadas— que en muchos casos las adjudicatarias pretenden alcanzar bajo el pretexto de la existencia de este tipo de sociedades pantalla: lograr en último extremo una indemnización tal que haga que el riesgo asumido con el contrato de concesión sea prácticamente nulo, pues los efectos de su resolución vendrían a equivaler a una suerte de *conversión* del primitivo contrato de concesión, que pasaría a comportarse como un mero contrato de obra, cuyo coste debería resarcir la Administración pública de manera inmediata, y no mediante su amortización con el paso de los años.

Es decir, si fuese posible que quienes concurren a una licitación con el compromiso de constituir una sociedad concesionaria pudieran apartarse libremente de cualquier compromiso obligacional, a través del simple ardid de constituir un ente instrumental sin la solvencia exigible, no cabe duda que las garantías jurídicas del sistema de contratación serían inútiles y el perjuicio al interés general resultaría ciertamente cuantioso.

La nueva sociedad instrumental en ningún caso puede llegar a desplazar a las adjudicatarias de la posición que estas habían adquirido al concurrir a la licitación conjuntamente y ser designadas como concesionarias. Esto se ve reforzado, a su vez, en caso de haberse introducido la cláusula de responsabilidad solidaria en el contrato, con el fin de garantizar el interés público y dotar de viabilidad a la oferta que había resultado económicamente más ventajosa<sup>85</sup>.

Procede entender, por tanto, que la Administración contratante únicamente viene a admitir la subrogación de la nueva sociedad en la condición de concesionaria, en la medida en que acredite una solvencia de la que carece por

---

concesión de obra pública (II). Derechos y obligaciones del concesionario de obra pública). Ejecución de obras por terceros», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 116, págs. 6-7; I. M. de la Riva (2017), «Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 17, págs. 193-212; J. Sanjuan Albacete (2005), «Reflexiones en torno a las formas de gestión de los servicios públicos locales. Especial referencia a la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno local, y Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, 23, págs. 3806-3834; P. L. Serrera Contreras (2003), «Algunas cuestiones sobre responsabilidad en el contrato de concesión de obra pública», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 52, págs. 35-44.

<sup>85</sup> Recordemos que, en los términos analizados en los apartados anteriores, es posible que la sociedad instrumental no pueda contratar por sí misma al carecer de la solvencia requerida, por lo que ha de actuar como mero ente gestor, a través del cual se ejercitan los derechos y se cumplen las obligaciones que generó el contrato en relación con las adjudicatarias.

sí misma, para lo cual es frecuente que sea necesario que concurren a la vez las empresas adjudicatarias, vinculándose solidariamente a la consecución de un fin común.

En tal sentido, la subrogación de la nueva sociedad nunca llega a producirse de manera plena o exclusiva, sino *compartida*, en el marco de una obligación solidariamente adquirida con el resto de mercantiles concurrentes a la firma del contrato, al exigirse que la concesionaria ofrezca idéntica solvencia que la recogida en la oferta presentada por las licitadoras.

Consecuentemente, aunque se pretenda sostener de contrario que con la liquidación de la sociedad instrumental la concesión debe extinguirse, dicha interpretación entendemos que resulta errónea, ya que, por un lado, la adjudicación de la concesión ha de recaer en favor de la oferta conjunta presentada y no sobre la nueva entidad creada por estas *ad hoc* y, por otra parte, el contrato debe suscribirse también con las empresas adjudicatarias (sus propias creadoras), las cuales se obligan conjunta y solidariamente al cumplimiento de las obligaciones que derivan del mismo.

El carácter solidario de esa obligación debe plasmarse explícitamente en el contrato, como establece el art. 1137 CC. No obstante, conviene recordar que, conforme señala la doctrina judicial imperante, no sería preciso, siquiera, haber formulado una declaración clara y terminante en tal sentido, ya que resulta palmario que, en el presente supuesto, los obligados se encuentran unidos entre sí por una «comunidad jurídica de objetivos en sus prestaciones»<sup>86</sup>.

El citado precepto normativo establece que la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de ellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de estos deba prestar íntegramente el objeto de la misma. Así pues, inicialmente se entendía que solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria, siendo la mancomunidad el principio general y la excepción la solidaridad, de modo que para que esta exista debe hacerse constar expresamente en la obligación en caso de pluralidad de sujetos pasivos de la misma.

Ahora bien, el rigor de la solidaridad se ha visto contrarrestado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al establecerse que, si bien es cierto que la solidaridad de los deudores cuando sean varios no se presume, no lo es menos que no se precisa una declaración clara y terminante de la misma, bastando que del contexto de la obligación se deduzca su existencia<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> Véase la Sentencia 519/2011 de 16-11-2011 de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ª [ROJ]: SAP A 3288/2011 - ECLI:ES:APA:2011:3288].

<sup>87</sup> Véase STS 4794/1997, de 5 de julio [ROJ]: STS 4794/1997 - ECLI:ES:TS:1997:4794].

Por otra parte, la sentencia de 26 de diciembre de 2001 indica que la concepción actual de la obligación solidaria requiere poner de relieve que, aunque los créditos de los particulares puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen, no obstante, unidos entre sí a través de la «identidad del fin de las prestaciones».

Esa identidad se produce al estar destinadas estas a satisfacer el interés del acreedor, en cuyo caso se manifiesta una conexión interna entre las mismas, pudiendo ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes que acreditan que dicho resultado económico ha sido querido por los interesados<sup>88</sup>.

Por tanto, y según se desprende del resto de preceptos correlativos del Código Civil (comprendidos en la sección 4ª, cap. III, tít. I, del Libro IV), aplicables con carácter supletorio, procede afirmar, que:

- a) La obligación contraída por las adjudicatarias a través del contrato suscrito con la Administración vincula a aquellas aunque, en pura hipótesis, se llegase a concluir que solo existía una única concesionaria, pues tal como señala el art. 1.140 CC, «la solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones».

---

<sup>88</sup> En el mismo sentido, y sin ánimo de exhaustividad, se expresa la Audiencia Provincial de Palencia, en Sentencia 196/2000 de 15-05-2000 [ROJ: SAP P 355/2000 - ECLI:ES:APP:2000:355]: «Es cierto que el art. 1137 del Código Civil determina que solo habrán de considerarse solidarias las obligaciones cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria, y que en el caso la declaración de solidaridad no se hace en el artículo cuestionado, lo que no es óbice para el entendimiento de la solidaridad. Si bien la solidaridad en las obligaciones no se presume hay casos en que se crea y origina solidaridad pasiva, bien como interpretación de la voluntad de las partes, bien como garantía del acreedor, bien como sanción de una falta o acto ilícito, dándose así una interpretación semicorrectora al art. 1107 del Código Civil, debiéndose entender por ello la existencia de solidaridad cuando exista entre los deudores una comunidad jurídica de objetivos en sus prestaciones, al manifestarse una interna conexión entre ellas y descartándose únicamente donde una mera casual identidad de fines de prestaciones (sentencia del tribunal Supremo de 7 de abril de 1983), lo que no es el caso. Por todo ello, entendiendo que existe esa íntima conexión entre las prestaciones de los dos codemandados, que hace solidaria su obligación, y siendo pacífica que la reclamación de alguno de los dos obligados solidarios interrumpe la prescripción en la exigencia frente al otro, es por lo que debe considerarse no prescrita la acción dirigida frente a D. Marcos y por lo que el motivo debe ser desestimado y la sentencia en consecuencia confirmada en todos sus extremos».

- b) En base a dicha obligación contractual, la Administración contratante puede dirigirse contra una de las adjudicatarias o contra ellas, simultáneamente, para que respondan del contrato (art. 1.144 CC).
- c) El propio régimen obligacional contenido en el Código Civil contempla el supuesto que aquí nos ocupa, pues, una vez declarada en concurso la sociedad instrumental, opera lo establecido en el art. 1.145 del citado cuerpo normativo, según el cual: «La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno».
- d) Consecuentemente, y a la luz de ese mismo precepto normativo, ambas empresas deben responder frente a la Administración 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.

Por consiguiente, esa *solidaridad* no se concreta en el mero hecho de avalar o responder de la «fianza» o garantía definitiva que por tal contrato debió depositarse (5% del importe de adjudicación). Es una solidaridad para cumplir todas las obligaciones derivadas del contrato<sup>89</sup>.

En este sentido resulta, igualmente, ilustrativa la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en la que se viene a hacer expresiva la manifiesta diferencia que existe entre la «responsabilidad solidaria» y la «garantía» o aval exigibles; distinción puesta particularmente de manifiesto en relación a los supuestos de *sucesión* del contratista, regulados en el art. 98 de esa norma<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> La Sentencia 151/2018, de 27 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Santander (P.O. 74/2017), vuelve a ser concluyente al respecto. Señala así al fundamento de derecho tercero, que «se firma el contrato debatido donde, f. 739 y ss, se dice que...S.A. y...SA. se obligan conjunta y solidariamente con...S.L. en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Es decir, no hay duda de que se convierten en deudores solidarios de todas las prestaciones del contrato, no solo las de prestar el aval, sino todas, y no solo en la ejecución de las obras sino también, la concesión». E igualmente concluye al fundamento de derecho cuarto, que: «La solidaridad implica que en este contrato hay tres deudores solidarios que deben prestar todas las prestaciones de modo (que) a falta de prestación, el acreedor puede exigir el cumplimiento total a cualquiera de ellos, sin que se pueda oponer la división interna de la obligación. En este caso, se constituye una sociedad para explotar la concesión y, efectivamente, las entidades adjudicatarias proceden a completar la solvencia a tenor del art. 52 LCSP. Pero lo hacen suscribiendo el contrato, junto a esa otra entidad, con un compromiso de solidaridad».

<sup>90</sup> De acuerdo a este precepto, «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

Obsérvese además, que, según el citado precepto legal (y tal como ya estableciera el antiguo art. 73 bis de la Ley 30/2007, anteriormente referido), la consecuencia que se deriva de la imposibilidad de subrogación de la nueva sociedad es la resolución del contrato «por culpa del adjudicatario», ya que, en efecto, una cosa es la posibilidad de que la Administración, a través de una cláusula como la referida, pueda exigir a cualquiera de los que se vincularon con carácter solidario el total cumplimiento de las obligaciones que constituyen el contenido del contrato; y otra muy distinta es que un tercero se limite a prestar un aval, en lugar del contratista, cubriendo un determinado porcentaje del importe de la adjudicación, al objeto de responder de una serie de conceptos establecidos en la ley con carácter tasado.

### 3. EL OBLIGADO SOLIDARIO Y LA INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA CON MEDIOS EXTERNOS

En apoyo de cuanto venimos señalando, damos igualmente por reproducido cuanto hemos dicho con anterioridad, en relación con los efectos que produce en el contrato la integración de la solvencia con medios externos.

Según justificamos entonces, al amparo del derecho comunitario y, en particular, a la luz de la doctrina contenida en el Informe 2/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, las adjudicatarias han de pasar a integrar el elemento subjetivo del contrato, al aportar su solvencia a la nueva sociedad, asumiendo con ello, doblemente, el compromiso de responder conjunta y solidariamente de su ejecución, por el plazo total del mismo<sup>91</sup>.

---

resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, 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. A los efectos anteriores la empresa deberá comunicar al órgano de contratación la circunstancia que se hubiere producido».

<sup>91</sup> Por lo demás, y pese a la mencionada opinión en contra, parece obvio que nada tiene que ver el régimen de la integración de la solvencia con medios externos, con el de las

#### 4. LA IDENTIDAD ENTRE EL FIADOR SOLIDARIO Y EL OBLIGADO SOLIDARIO

Hay que significar, además, que el planteamiento del mero fiador o garantista cuenta con una clara limitación, ya que, según se dispone en el art. 1822, párr. 2º, de dicho cuerpo legal: «Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección 4.ª, cap. III, tít. I, de este libro», por lo que dicha regulación se remite, justamente, al régimen establecido para las obligaciones solidarias, tal como viene a poner de manifiesto, entre otras muchas, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1989<sup>92</sup>.

Por tanto, cabe afirmar que el *fiador solidario* se encuentra en la misma posición jurídica que el *deudor solidario*. De hecho, según la jurisprudencia, la fianza solidaria asume la naturaleza propia de la obligación solidaria, convirtiéndose al fiador en un deudor más en lo que hace referencia al derecho del acreedor a exigir el pago de la obligación principal<sup>93</sup>.

---

garantías prestadas por terceros; hasta el punto de que las sucesivas leyes de contratos siempre abordaron su regulación en apartados muy dispares (el título II para el primer supuesto y el título IV, para el segundo).

<sup>92</sup> Advierte esta Sentencia [ROJ: STS 3888/1989 - ECLI:ES:TS:1989:3888] que: «Nada impide que quien comparece... se obligue además de modo personal y sea parte en este último concepto, garantizando el cumplimiento de una obligación como deudor principal solidario o como fiador que se obliga solidariamente con el deudor, casos ambos en los que el acreedor puede dirigir su reclamación, desde luego, contra el fiador, sin que entre en juego el beneficio de excusión, concibiéndose la garantía como consensual, unilateral y abstracta, lo que excusa el examen de la causa que don Antonio P. tuviera para obligarse... para analizar el sustratum existente en las Sociedades Anónimas, siquiera no pueda prescindirse de la coincidencia de su apellido con los nombres de dichas entidades, ni de sus cargos de presidente de una y gerente de la otra, como tampoco de que, cual señala el Juzgado, asumiese la obligación personal de pago “ante la posibilidad de incumplimiento, quizás pensando en una suspensión de pagos”, motivo que causa de su actuar».

<sup>93</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1990 (EDJ 1990/1012) y de 10 de abril de 1995 (EDJ 1995/1539). Según Sentencia de ese mismo tribunal, de 10 de abril de 1995 [ROJ: STS 10891/1995 - ECLI:ES:TS:1995:10891]: «[...] el aval o fianza solidaria es una institución establecida para el derecho del acreedor al cobro de la deuda que no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma que deberá pagarse por los avalistas en defecto del deudor principal, pues por el hecho de la suspensión de pagos de éste entran en función como sujetos pasivos de la obligación contraída y ni la inclusión del crédito avalado entre los que sean objeto del convenio desvirtúan la obligación resultante del aval».

A lo anterior se une que las empresas adjudicatarias y la sociedad instrumental creada para la gestión de la concesión no se encuentran vinculadas a la Administración por títulos distintos, sino a través de un mismo contrato, que impone obligaciones a cada una de ellas, de idéntica naturaleza y alcance. De hecho, las adjudicatarias y la sociedad instrumental quedan vinculadas *conjuntamente*, creándose así una comunidad o cotitularidad pasiva en la *deuda* u obligación.

Esto es, según queda configurado el contrato, a través de la cláusula convencional a incluir, las adjudicatarias no han de limitarse a prestar su intercesión a una *deuda* de la que permanecen ajenas en su titularidad y en su responsabilidad final.

Resulta así aplicable la doctrina contenida en la Sentencia de 16 de septiembre de 1988 de la Sala Civil del Tribunal Supremo, en relación con las fianzas solidarias establecidas en interés propio, que impediría, aun en la hipótesis de que se considerase que las adjudicatarias son *fiadores*, dar por terminado su vínculo obligacional en el presente supuesto<sup>94</sup>.

Ese mismo planteamiento se recoge, entre otras muchas, en la Sentencia 1192/1994, de 30 de diciembre, de la Sala Civil del Tribunal Supremo, según la cual no debe olvidarse que la solidaridad «podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones» (ex art. 1140 del Código Civil)<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> Según señala este pronunciamiento [RO]: STS 6207/1988 - ECLI:ES:TS:1988:6207]: «Lo cierto es, que sobre todo la última cláusula adicional transcrita, confiere a la interpretación del contrato una singularidad, con vista del art. 1285 del Código Civil que no puede desconocerse, pues añade a las obligaciones características del fiador contraídas según los arts. 1822, 1844 y 1831 del Código Civil, un interés propio de los fiadores en el crédito concedido que exige un especial acento en el examen de los hechos cuya historia circunstanciada no se ha verificado con la profundidad requerida en tan particular afianzamiento, y que proyecta sobre esta Sala esa facultad revisora del aspecto fáctico del problema planteado ahondando en la auténtica relación material que vincula a las partes —SS. 2-6-81 (RJ 1981\2490); 17-2-82 (RJ 1982\742); 15-7-83 (RJ 1983\4229); 4-4-84 (RJ 1984\1927) y 26-5-88 (RJ 1988\4343)—, al objeto de poder conocer la esencia de la misma en pos de la perfilación de ese “interés propio” que desdibuja la silueta de la figura del fiador, pues con ello adquiere caracteres que son propios del deudor principal, lo que evidentemente ayuda en forma extraordinaria a la interpretación del negocio jurídico contemplado. En esta inteligencia, es evidente que por ese “interés propio” de los fiadores personales y habiéndose constituido como obligados solidarios con las deudoras principales “mientras no quede totalmente solventada la operación”, no podían estos fiadores dar por finalizada tal obligación en forma unilateral».

<sup>95</sup> Concluye así la Sala [RO]: STS 9282/1994 - ECLI:ES:TS:1994:9282] que: «La interpretación que hace la Sala de instancia del documento en que el aquí recurrente

En este sentido también se ha venido a manifestar la doctrina científica<sup>96</sup> que, en aplicación de la jurisprudencia sobre el *levantamiento del velo*, indica que la práctica diaria de las fianzas prestadas en favor de sociedades creadas muestra que muchas veces el fiador garantiza en beneficio exclusivamente propio, y que la sociedad es una cobertura, o «forma, que encubre la real asunción deuditoria por parte del socio fiador».

La fianza se convierte así en un medio conscientemente buscado por las partes para «neutralizar frente al acreedor los efectos perjudiciales que pueden surgir de una separación ficticia de personalidades jurídicas y de patrimonios».

Así pues, con independencia del planteamiento que se emplee, lo cierto es que, una vez abierta la fase de liquidación del concurso de acreedores, la responsabilidad del cumplimiento del contrato ha de volcarse necesariamente sobre las sociedades adjudicatarias. En este sentido se han pronunciado los tribunales de justicia<sup>97</sup>, al señalar que, aunque el hecho de que los adju-

---

garantizaba el pago de las cantidades adeudadas por la sociedad codemandada a la actora, no resulta ilógica o arbitraria al estimar que el codemandado señor Q. asumió el pago como deudor principal solidario de las deudas que pesaban sobre “Quimetal, SA”, dados los términos en que aquél se obligó y que han sido transcritos en el primer fundamento jurídico de esta resolución y las características que concurrían en la sociedad garantizada; afirmado por la sentencia recurrida el carácter de deudor principal solidario del recurrente, no resulta aplicable al caso el art. 1826 limitativo de la obligación del fiador en el sentido de que no puede obligarse a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones, ya que la cláusula penal aceptada por el garante lo fue precisamente para el caso de incumplimiento por él de esa obligación que, con carácter principal y solidario, voluntariamente aceptó; nada impide que un socio de una sociedad se obligue de modo personal frente a los acreedores de aquélla, garantizando el cumplimiento de una obligación como deudor solidario, reforzando su obligación incluso con el establecimiento, como en este caso, de una pena convencional para caso de su propio incumplimiento» .

<sup>96</sup> Véase, por todos, A. Carrasco (2008), «Fianza y solidaridad de deudores», en *Tratado de los Derechos de Garantía I*, Aranzadi: «Entendemos que, siempre que resulte de aplicación la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo, la fianza solidaria prestada por el socio que administra como propios los intereses sociales debe valer como pura solidaridad en la deuda; o, mejor aún, como identidad pura y simple del fiador con el deudor: la fianza en interés propio prestada en condiciones donde, de otra forma, sería aplicable la doctrina del levantamiento del velo, “atribuye al fiador una condición muy próxima a la del deudor principal”. En estos casos, el título contractual de la fianza simula (art. 1276 CC) una participación común en la deuda principal (préstamo, compra, etc.), y aquélla carece de propia causa».

<sup>97</sup> Véase el Auto de 20 de julio de 2017 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander.

dicatarios se hayan obligado solidariamente con la sociedad instrumental no evita su disolución, el vínculo adquirido para la gestión y explotación de la concesión sí podría acarrear, en cambio, «la eventual responsabilidad de tales obligados».

## VIII. CONCLUSIONES

En definitiva, el estado de liquidación de la sociedad creada instrumentalmente para la gestión de una concesión administrativa, no puede determinar la resolución del contrato, por las siguientes razones:

1. Cuando dos o más sociedades ya constituidas concurren *conjuntamente* a la licitación de un contrato de concesión de obras, deben hacerlo bajo el compromiso de constituirse formalmente en una unión temporal de empresas. Así ha de entenderlo el órgano de contratación, que deberá adjudicar el contrato a dicha UTE, en caso de resultar la oferta económicamente más ventajosa, quedando desde ese momento establecido el régimen jurídico aplicable a la relación contractual.
2. Aunque, con mayor o menor ortodoxia, las licitadoras constituyan con posterioridad y por su conveniencia, una nueva *sociedad instrumental* para la gestión de la concesión, en lugar de una UTE, ello no afecta en absoluto a su condición de contratistas. Incluso, a mayor abundamiento, aunque en pura hipótesis se considerase que la nueva sociedad llegó a ser, con carácter formal, titular de la concesión, las adjudicatarias también lo serían, necesariamente, pues es habitual que queden obligados a *completar la solvencia* de aquella, para igualarla a la que aportaron en la licitación.
3. En aras a una mayor seguridad jurídica, dicho compromiso debería quedar explicitado mediante la correspondiente cláusula convencional, que habrá de ser suscrita por todas las partes, pasando estas a integrar el elemento subjetivo del contrato. A través de esa fórmula, las adjudicatarias redoblan el deber de responder de manera *conjunta y solidaria* de la ejecución del contrato, tal como hoy expresamente contempla nuestro derecho interno y que ya, tras la sentencia *Holst Italia Spa*, de 2 de diciembre de 1999, del Tribunal de Justicia y de la propia Directiva 2004/18/CE, cabía plantear al amparo del derecho comunitario.
4. En base a lo anterior, no cabe sostener que las adjudicatarias sean simples *fiadores* o *avalistas solidarios* de un único concesionario (la sociedad instrumental) que, al entrar en liquidación, genera, *ope legis*, la resolución del contrato, con lo cual el cumplimiento de las prestaciones de este ya

sería imposible. Por el contrario, la relación jurídica trabada entre las adjudicatarias y el poder adjudicador se encuentra sujeta al régimen de las *obligaciones solidarias* del Código Civil y, en ese sentido, dicha relación resulta análoga o coincidente con el vínculo que surge entre los miembros de una UTE a la hora de contratar con un poder adjudicador. Por tanto, las adjudicatarias se constituyen en *deudores solidarios* de todas las prestaciones del contrato (no solo de la de prestar el aval), y ello tanto para la ejecución de las obras como para la explotación de la concesión.

5. Así pues, en caso de liquidación de la sociedad instrumental, por estar inmersa esta en concurso de acreedores, la Administración pública puede exigir a cualquiera de las adjudicatarias el total cumplimiento de las obligaciones que constituyen el contenido del contrato, sin que este deba extinguirse necesariamente y menos aún sin que se haya tramitado, con carácter previo, el preceptivo expediente administrativo para determinar su grado de *solvencia*, ya que la liquidación de uno de los deudores solidarios no exonera automáticamente a los demás de cumplir lo pactado.

