

**LA "COMUNIDAD DE OBRA"  
EN EL DERECHO ALEMÁN**  
**Como ejemplo de una Unión temporal de empresas**

MICHAEL BRÜCK

**PONENCIA**

Las uniones o agrupaciones temporales de empresas representan un factor importante en la vida económica nacional e internacional de todos los países del mundo. El volumen, la dificultad, el riesgo técnico, político o económico de proyectos sobre todo en el sector de la construcción han ocasionado la necesidad de formar grupos de empresas para una mejor realización de los proyectos y para reducir riesgos del mencionado tipo. Estos motivos no solamente surgen en el lado de los contratistas, sino también frecuentemente en el lado del dueño de la obra. La unión temporal de empresas no obstante también puede tener razones no tan justificadas como las mencionadas anteriormente. La agrupación temporal de empresas también se usa como medio para influir en el libre mercado de una forma ya no aceptada por las leyes de la libre competencia y de monopolios.

La unión temporal de empresas es conocida en todos los sistemas jurídicos de los países occidentales, aunque solamente en algunos de ellos ha sido codificada. Francia con la Orden del 23 de septiembre de 1976<sup>1</sup> ha creado el "groupement d'intérêt économique"<sup>2</sup> para facilitar el ajuste de la economía francesa a los requerimientos del mercado europeo. El art. 1º de la Orden del 23 de septiembre dice:

*"Dos o más personas naturales o jurídicas pueden formar una comunidad de interés económico para un período determinado con el fin de aprovecharse de todas las posibilidades que existen para facilitar o promocionar las actividades económicas de sus miembros o para mejorar o extender los resultados de estas actividades."*

Esta ley, más tarde, ha servido como base al reglamento comunitario 2137/1985 del 25/7/1985.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967, J.O. del 28/9/1967, p. 9537.

<sup>2</sup> Abreviado: GIE.

<sup>3</sup> Journal officiel des Communautés européennes del 31/7/85, n° L 199/1.

Argentina, en la sección II del capítulo II de la ley 19.550, arts. 377 y ss., ha codificado normas para las "uniones transitorias de empresas".

Italia posee una regulación legal expresa de las *organizzazioni comuni* o *consorzii* en los arts. 2602 y ss., del Código Civil. Estos consorcios se constituyen para *determinante fasi delle rispettive imprese*. Desde la forma del año 1976 esta forma de cooperación de empresas ha quedado abierta para todo tipo de empresas.<sup>4</sup>

España, en la ley del 26 de mayo de 1982, n° 18/82,<sup>5</sup> ha confeccionado normas sobre el régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de sociedades de desarrollo regional. Aunque esta ley, según su título principalmente ha tenido fines fiscales, en sus arts. 7° y ss., establece criterios básicos que más bien pertenecen al derecho civil y societario como, por ejemplo, la falta de personalidad jurídica propia, la necesidad del nombramiento de un gerente único, la constitución mediante escritura pública, etc. Esta ley, a causa de la entrada de España en el Mercado Común y la aplicación de la normativa europea, ha sido derogada por la ley 12/1991 del 29 de abril<sup>6</sup> sobre agrupaciones de interés económico.

Países como Estados Unidos, Inglaterra<sup>7</sup> o Alemania no conocen ordenamientos legales expresamente destinados a agrupaciones temporales de empresas. En Alemania la doctrina y la práctica hasta el momento consideran suficiente la aplicación de los arts. 705 y ss. del Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*, abreviado *BGB*) del año 1900 que regulan la sociedad personal. Éste es el tipo más simple de una sociedad personal, es decir de una sociedad sin personalidad jurídica. La unión temporal de empresas en mi país ha recibido el nombre de *Arbeitsgemeinschaft*, lo cual se puede traducir como "Comunidad de Obra".

## FUNDAMENTOS

### 1. La Comunidad de Obra

#### 1.1. Delimitación respecto a otras figuras de cooperación empresarial

La Comunidad de Obra del derecho alemán debe ser delimitada inicialmente frente a otros institutos jurídicos de parecido perfil. Éstos son, por un

<sup>4</sup> HOHLOCH. Das "consorzio" des italienischen Rechtes, *Recht der internationalen Wirtschaft (RIW)*, 1987. 905, 907.

<sup>5</sup> Jefatura del Estado, B.O.E. del 9 de junio de 1982, pp. 1459 y ss.

<sup>6</sup> Jefatura del Estado, B.O.E. del 19 y 30 de abril, pp. 1149 y ss.

<sup>7</sup> John E. RHODES, en: Paul Selbherr/Gerghard Manz, *Kommentar zur Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)*, p. 634.

lado, la agrupación europea de interés económico, prevista en el ya mencionado Reglamento de la Comunidad Europea n° 2137/85, y por otro, la figura del *Joint Venture*, aplicable fundamentalmente a escala internacional.

#### 1.1.1. AGRUPACIÓN EUROPEA DE INTERÉS ECONÓMICO (AEIE)

La AEIE, que en Alemania se encuentra recogida en la ley ejecutiva del 14/4/1988,<sup>8</sup> presenta las siguientes características.

La AEIE tiene personalidad jurídica propia, debe ser inscrita en el Registro Mercantil y se rige en Alemania por las disposiciones relativas a la Sociedad Mercantil de Carácter Personal. El art. 4° del Reglamento europeo establece que podrán ser socios de una AEIE las personas físicas y las sociedades previstas en el art. 58.2. del Tratado de Roma, es decir, sociedades mercantiles, cooperativas, y demás figuras jurídicas de derecho público o privado, así como otras propias de otros Estados miembros. Es discutido que figuras como la sociedad civil del *BGB* puedan ser socios de la AEIE.<sup>9</sup> El objeto social de la AEIE puede ser libremente determinado dentro de los límites marcados en el art. 3° del Reglamento. Según este precepto, la AEIE tendrá como finalidad facilitar o desarrollar la actividad económica de sus socios, así como mejorar o aumentar los resultados vinculados a esa actividad. Se excluye expresamente de sus fines la obtención para sí misma de beneficios, por lo que la actividad de la AEIE no podrá sustituir la de sus socios. La AEIE es primordialmente un instrumento de cooperación, que pretende transmitir a sus socios un efecto sinérgico.<sup>10</sup> Por ello, se creó como instrumento adecuado para las pequeñas y medianas empresas. Este carácter auxiliar de las AEIE no debe excluir la posibilidad de que la actividad principal de uno o de todos los socios se concentre en un proyecto determinado (por ej., un proyecto de construcción).<sup>11</sup>

El art. 2° del Reglamento recoge cinco restricciones básicas del ámbito de actividad de las AEIE:

- La asociación no podrá desempeñar ningún tipo de poder de dirección frente a sus socios o frente a otras empresas.
- No podrá contar con acciones o participaciones en las sociedades de sus miembros. Sí podrá hacerlo en empresas ajenas, siempre que ello sea preciso para la consecución del fin social.

<sup>8</sup> BGBL I, 1988, 514, entrada en vigor 1/1/1989.

<sup>9</sup> Véase KRÜGER, *Zweckmäßige Wahl der Unternehmensform*, Bonn, 1992, n° 215.

<sup>10</sup> KRÜGER, n° 218.

<sup>11</sup> GANSKE, *Der Betrieb*, 1985, suplemento 20 para el cuaderno 35.

- No podrá emplear a más de 500 trabajadores.
- No podrá ser utilizada como instrumento de concesión de préstamos a los miembros de la dirección de una sociedad, o a personas ligadas a éstos, ni para realizar negocios de este estilo, cuando la legislación nacional de sociedades respectiva prevea limitaciones o controles a estas prácticas. Igualmente, sólo cuando la legislación nacional aplicable así lo admita, las AEIE podrán realizar transmisiones de bienes entre una sociedad o los miembros de la dirección con personas vinculadas a las mismas.
- No podrán ser, por último, miembros de otras AEIE.

Por otra parte, es importante destacar que, conforme al art. 3.2 del Reglamento, las AEIE no podrán desempeñar de forma directa o indirecta las funciones de dirección o control de las actividades propias de sus miembros o de otras empresas, especialmente en los ámbitos financieros, de inversiones y de recursos humanos. Por ello, se debe en principio descartar la figura de las AEIE como *holding* o como dirección de agrupaciones de sociedades.<sup>12</sup>

El contrato de constitución de las AEIE deberá instrumentarse, en todo caso, por escrito. El domicilio social podrá ser designado libremente dentro de las fronteras de la C.E.

Los órganos sociales se recogen en el art. 16 del Reglamento, y son los siguientes:

- los socios que realizan operaciones mercantiles en común;
- él o los gerentes.

Éste o éstos podrán ser nombrados a través del contrato de constitución o por decisión de los miembros, donde a su vez se definirán sus facultades.

El art. 24, párr. 1, frase 1, establece la responsabilidad ilimitada y solidaria de los miembros en todo tipo de deudas, especialmente en las relativas a obligaciones fiscales o las existentes en materia de seguros sociales. Las consecuencias de este tipo de responsabilidad deberán ser precisadas por los respectivos derechos nacionales, de manera que en Alemania sería aplicable de forma supletoria los arts. 128 y ss. del Código de Comercio (HGB).

Las AEIE se extinguirán por decisión de sus miembros (art. 31 del Reglamento) o por decisión judicial (art. 32).

Solamente podrá existir mientras tenga un objeto social. Si éste se alcanzare o deviniere imposible, se procederá a la disolución de la AEIE,

<sup>12</sup> KRÜGER, n° 218.

lo que deberá ser decidido por los socios, conforme a lo dispuesto en los arts. 31 y 32. No podrá tener lugar una disolución automática de la AEIE.

### 1.1.2. JOINT VENTURE

En una *Joint Venture* se agrupan diferentes empresas con vistas a la consecución de un fin común, es decir la constitución, la promoción y la dirección del proyecto común de acuerdo con las reglas marcadas por las sociedades madre.<sup>13</sup> No es un tipo jurídico, sino un mecanismo para la ejecución de ciertas negociaciones mercantiles, industriales, financieras, etcétera.<sup>14</sup>

Esta construcción mercantil se estructura habitualmente en dos niveles. Se compone de la *Joint Venture* y de la propia sociedad de capital que aparece en el tráfico jurídico como la sociedad portadora. Ateniéndonos a su objeto, la *Joint Venture* es meramente una sociedad interna, sin trascendencia externa en el tráfico jurídico. Esta eficacia puramente interna de la *Joint Venture* frecuentemente se menciona de forma expresa en los contratos para evitar la responsabilidad frente a terceros, lo cual tiene como consecuencia que los socios no tengan poderes para representar externamente a la *Joint Venture*.

La *Joint Venture* no dispone de patrimonio alguno.

Éste puede ser un buen punto para detenernos en la caracterización de la *Joint Venture* debido a lo extenso que sería definir todas sus posibilidades de despliegue.

### 1.1.3. GRUPOS INDUSTRIALES Y ALIANZAS MONOPOLISTAS

No quiero olvidar mencionar los grupos industriales y las alianzas monopolistas, que se incluyen también en las agrupaciones ocasionales de duración determinada.<sup>15</sup>

## 1.2. Definición de la Comunidad de Obra

La Comunidad de Obra del derecho alemán suele definirse como la unión temporal de empresas autónomas con el objeto de llevar a cabo la

<sup>13</sup> LANGFELD-WIRTH, *Joint-Ventures im internationalen Wirtschaftsverkehr*, Heidelberg, 1990, p. 125.

<sup>14</sup> ZALDÍVAR, MANÓVIL, RAGAZZI, *Contratos de colaboración empresarial*, 2ª ed., Buenos Aires, 1990, p. 20.

<sup>15</sup> PALANDT-THOMAS, *BGB*, § 705, n° 44.

ejecución en común de un determinado proyecto de construcción bajo la forma de una sociedad ocasional.

### 1.3. Tipos de Comunidades de Obra

Dentro de este concepto, cabe distinguir entre la agrupación ofertante, el consorcio, la agrupación asistencial, así como la propia Comunidad de Obra.

#### 1.3.1. AGRUPACIONES DE OFERTANTES

En este tipo de agrupaciones se produce la unión de varios ofertantes como socios de igual condición para la obtención común de una obra.<sup>16</sup>

Los socios de la agrupación de ofertantes debido al principio de fidelidad entre los mismos, no podrán concurrir por otras vías, ni solos ni en otra agrupación de ofertantes, para la obtención de la obra, para la cual hayan presentado la oferta común.<sup>17</sup>

La agrupación de ofertantes no es una unión de carácter indefinido en la que los socios puedan rescindir su vinculación a la misma en cualquier momento, conforme al art. 723.1 *BGB*, sino que el objeto limitado de la misma hace que la rescisión de los socios sólo se pueda basar en un motivo importante que la justifique.

Las autoridades alemanas en materia de monopolios en el pasado, vieron esta figura de las ofertas conjuntas como un acuerdo ilícito, conforme al art. 1º de la Ley sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia (*GWB*). Este criterio cambió con la sentencia del 13/12/1983 del Tribunal Supremo alemán,<sup>18</sup> que señaló que no se debe hacer depender el criterio de la competencia de la posibilidad objetiva de las empresas participantes de ejecutar la obra de forma individual, sino que será suficiente que la decisión de creación de una agrupación de ofertantes se justifique comercialmente de forma razonable, y económicamente, sea ajustada al objeto social. Si concurren estos requisitos, no se podrá hablar de práctica restrictiva de la competencia. No es, pues, criterio decisivo tras esta sentencia, el que uno de los ofertantes pudiera eventualmente ejecutar de forma individual la obra.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Feldrappe, *Bitergemeinschaft und ARGE*, Schriftenreihe der deutschen Gesellschaft für Baurecht, t. 19, p. 13.

<sup>17</sup> Feldrappe, p. 16.

<sup>18</sup> *Betriebsberater* 1984, p. 364.

<sup>19</sup> HEIERMANN, RIEDEL, RUSAM, Schwab, *VOB*, 5. Aufl. A. § 8, n° 33.

Según cada caso concreto, se recomienda mencionar expresamente los motivos que han llevado a la constitución de la agrupación para así hacer frente a posibles intervenciones de tipo antimonopolista.

El concepto de la agrupación de ofertantes no implica de por sí que las empresas que en ella toman parte deban provenir del mismo sector o desempeñar la misma actividad. En la práctica, surgen ejemplos en los cuales participan en una agrupación de ofertantes proyectistas, ingenieros, empresas de construcción y financieros. Tales sociedades también son reconocidas como agrupaciones de ofertantes.

La agrupación de ofertantes no es en ningún caso un tipo de estadio previo a una sociedad, puesto que la oferta conjunta constituye en sí misma el objeto social. En la medida en que se fije esta finalidad de forma explícita como objeto social de la sociedad, la consecución o rechazo de la propuesta conjunta supondrá la disolución de la sociedad. Si la sociedad continuara su actividad tras la obtención de la obra, sería recomendable a efectos de aplicación de responsabilidades y de distribución de costes, separar claramente en el contrato las fases de oferta y de realización de la obra.

### 1.3.2. CONSORCIOS

Los consorcios representan igualmente sociedades de carácter ocasional.<sup>20</sup> Son frecuentes en el ámbito de los negocios internacionales sobre plantas industriales. Característico de esta figura es que la prestación debida al mandante de la obra no se ejecuta en común. Por el contrario, cada socio asume generalmente bajo su propia responsabilidad una parte determinada de la prestación. Todos responden frente a terceros de forma solidaria. Esta figura es conocida en Alemania como Comunidad de Obra de estructura vertical.<sup>21</sup>

### 1.3.3. AGRUPACIONES DE ASISTENCIA

Estas sociedades se caracterizan por aparecer hacia afuera frente al mandante de la obra solamente uno de sus miembros, mientras que constituyen a la vez para sus relaciones internas, una así llamada Comunidad de Obra Interna, al amparo de las sociedades personales del Código Civil alemán.

<sup>20</sup> PALANDT-THOMAS, § 705, n° 44.

<sup>21</sup> Feldrappe, p. 14.

Quien aparezca frente a terceros como responsable del encargo de hecho actúa por cuenta de la sociedad, debiendo registrarse por lo fijado en los estatutos y por los acuerdos comunes.<sup>22</sup>

#### 1.4. Naturaleza jurídica de la Comunidad de Obra

Las Comunidades de Obra, como ya se ha señalado, deben ser consideradas por lo general como sociedades civiles conforme a los arts. 705 y ss. del *BGB*.<sup>23 y 24</sup>

La Comunidad de Obra cumple los cuatro requisitos básicos de este tipo de sociedades, como son asociación personal, base contractual, fin común determinado, aportaciones de cada socio. Sobre esta base, se elaboró en Alemania el ampliamente divulgado contrato muestra de la Comunidad de Obra, que fue redactado por dos Confederaciones de la industria alemana de la construcción.<sup>25</sup>

Aunque Comunidades de Obra normalmente se constituyen como sociedades personales, también existen casos en que asumen la forma de una sociedad colectiva.<sup>26</sup>

Una de las diferencias esenciales entre ambas figuras societarias radica en que la sociedad colectiva supone la existencia de una industria de carácter plenamente mercantil (véase art. 105 Cód. de Comercio), mientras que la sociedad personal, por su parte, se presta a la consecución de objetivos mercantiles de menor volumen o en cualquier caso no mercantiles.

No obstante existen casos aislados en los que la unión temporal de empresas tiene carácter mercantil en el mencionado sentido. Esto puede ocurrir si la agrupación, por ejemplo, posee una fabricación de productos de hormigón y produce más de lo necesitado para la obra, procederá a vender las piezas que sobran. Esta venta da carácter industrial a la empresa, lo cual tiene como consecuencia la aplicación de las normas sobre las sociedades mercantiles (sociedad colectiva).<sup>27</sup>

Como la unión temporal de empresas no tiene personalidad jurídica no puede ser propietaria de un inmueble y no se puede inscribir en el registro de propiedad. Se inscribirían los socios, no la sociedad.

<sup>22</sup> INGENSTAU-KORBION, Kommentar zur VOB, A § 21, n° 105.

<sup>23</sup> El texto se encuentra en el anexo.

<sup>24</sup> NICKLISCH, Rechtsfragen des Subunternehmervertrages bei Bau- und Anlageprojekten im In- und Auslandsgeschäft. NJW 1985. pp. 2361, 2363; Fahrenschon/Burckhardt, Präambel, n° 2.

<sup>25</sup> KORNBLUM, Rechtsfragen der Bau-ARGE. ZFBR, 1992, p. 9.

<sup>26</sup> FAHRENSCHON/BURCKHARDT, Präambel, n° 2.

<sup>27</sup> KORNBLUM, p. 10.

### 1.5. Nombre y domicilio de la Comunidad de Obra

La Comunidad de Obra no está autorizada a llevar un nombre social en el sentido de los arts. 17 y ss. del Código de Comercio (*HGB*), porque este derecho o esta obligación legal está reservada a comerciantes y sociedades mercantiles. No obstante puede llevar un nombre que deberá ser claro y no deje lugar a confusiones. Es además aconsejable añadir el término "Comunidad de Obra" para la mejor información de los terceros con los que tenga relación jurídica.<sup>28</sup>

### 1.6. Los socios de una Comunidad de Obra

Cualquier persona física o jurídica podrá ser socio de una sociedad civil del *BGB*. Incluso una sociedad civil podrá ser socio de una Comunidad de Obra. En este caso los miembros de la primera serán también socios de esta última en virtud de su vinculación común. Si la Comunidad de Obra adquiriese excepcionalmente la forma de una sociedad mercantil, es decir colectiva o en comandita, no podría ser socia de la misma una sociedad personal.

Una de las diferencias esenciales entre ambas figuras societarias radica en que la sociedad mercantil supone la existencia de una industria de carácter plenamente mercantil (véase art. 105 del Cód. de Comercio), mientras que la sociedad personal por su parte se presta a la consecución de objetivos mercantiles de menor volumen o en cualquier caso no mercantiles.

Forma parte primordial de la mencionada industria mercantil el término de industria, que es definido como actividad autónoma que se realiza de forma planificada, es decir continua, abierta, lúcida y con ánimo de lucro. Se excluyen las profesiones libres.<sup>29</sup> En las uniones temporales de empresa normalmente faltará el elemento de la continuidad, porque tienen como fin la realización de una sola obra. Por lo tanto las sociedades mercantiles y comanditarias quedan excluidas como formas societarias para uniones temporales de empresas.<sup>30</sup>

### 1.7. Estatutos

El contrato social de una Comunidad de Obra no precisa de ningún formalismo. Esto quiere decir que un contrato verbal sería plenamente válido.

<sup>28</sup> ARGE-Kommentar, Ergänzungsband, § 2, n° 2.

<sup>29</sup> BAUMBACH/DUDEN/HOPT, Handelsgesetzbuch, § 1, n° 1.

<sup>30</sup> KORNBLUM, p. 10; WAGNER, Haftung der ARGE-Partner untereinander. Schriftenreihe der deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V., t. 19, pp. 24 y 25; BGH NJW RR 1993, 143.

Junto a las causas generales de nulidad del derecho civil, por ejemplo el disenso, merece la pena hacer referencia a las causas de invalidez del contrato por infracción del art. 1º párr. 1, frase 1 de la ley sobre prácticas restrictivas de la competencia (*GWB*), las cuales conducirían a la nulidad del contrato conforme al art. 134 del *BGB*.

Art. 1º, párr. 1, frase 1 del *GWB* establece que los contratos que las empresas concluyan para un fin común no serán válidos en la medida en que puedan influir en la producción o en las relaciones del mercado limitando la competencia.

Tal infracción no se producirá tan sólo por acuerdos en los precios, sino también cuando los socios participantes se vean perjudicados en su libre actuación en régimen de competencia.<sup>31</sup> Éste sería el caso de un contrato en el que se estableciera para los socios una cláusula de prohibición de competencia. No se produciría tal infracción cuando una de las empresas participantes hubiera podido llevar a cabo la prestación de forma individual.<sup>32</sup> En tales casos la norma no sería práctica restrictiva de la competencia, sino que de hecho estimularía la citada competencia. Un planteamiento de este tipo se produce de forma muy frecuente en la práctica, puesto que las empresas de construcción acuden típicamente por ello a la figura de la Comunidad de Obra, consiguiendo una ejecución de la obra más eficaz y rentable a través de la conjunción de sus capacidades objetivas y personales, que la que pudieran realizar individualmente.<sup>33</sup>

Por tanto se puede afirmar que las causas de invalidez contractual por infracción del art. 1º, párr. 1, frase 1 del *GWB*, concurren de manera muy infrecuente en los contratos de las comunidades de obra. Habría que tener en cuenta además que conforme al art. 5º b del *GWB* se favorecen fundamentalmente a la pequeña y mediana empresa. Éstas disfrutan de facilidades en la cooperación que se limita a este artículo.

Si el contrato social fuera no obstante defectuoso o incluso nulo por infracción de la normativa en materia de carteles, sería de aplicación lo siguiente:

Si se tratara de defectos formales, éstos podrán limitar la eficacia de la sociedad en los actos futuros de la misma, pudiendo hablar en tales casos de una "sociedad defectuosa". Este principio no será, no obstante, aplicable cuando se produzca una lesión de los intereses generales, como por ejemplo las leyes contenidas en el art. 1º *GWB*. El contrato social será

<sup>31</sup> KORNBLUM, p. 10.

<sup>32</sup> IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB*. 1981, § 1, n° 472.

<sup>33</sup> KORNBLUM, p. 10.

en estos casos radicalmente nulo *ab initio*. Estaremos entonces ante una sociedad de hecho entre los socios participantes, que no se regirá por el derecho de sociedades, sino por el derecho de las comunidades de fácticas (arts. 741 y ss. del *BGB*).

#### **1.8. Aportaciones de los socios y participación en el beneficio y en las pérdidas**

Los socios de acuerdo con el art. 706, *BGB* aportan importes iguales, en el caso de que no se haya pactado algo diferente. De acuerdo con el art. 707 *BGB* los socios no están obligados ni a un aumento de la aportación ni a una completación de la participación posiblemente disminuida a causa de pérdidas. Esta norma no obstante es dispositiva, es decir, derogable. Además solamente se refiere a la relación interna entre los socios.

En el caso de que la participación de los socios en el beneficio y en las pérdidas no se haya determinado, los socios según el art. 722, párr. 1 *BGB*, independientemente de la cantidad de sus aportaciones participan en el beneficio y también en las pérdidas en partes iguales.

#### **1.9. Patrimonio de la Comunidad de Obra**

Si la sociedad adquiere material, maquinaria, o cosas de otro tipo o si posee por ejemplo saldos en cuentas bancarias, estas cosas o derechos no forman parte de un patrimonio de la sociedad, sino son considerados como patrimonio común de los socios (art. 718, Cód. Civil).

Este patrimonio es solamente disponible a acreedores de la sociedad si poseen una sentencia contra todos los socios (art. 736, Ley de Enjuiciamiento Civil). Esto significa, que en el caso de no tratarse de una obligación relativa a la sociedad o a las operaciones de la sociedad, no puede dar lugar al acreedor a ejecutar contra el patrimonio de la sociedad. No obstante, el mismo acreedor podría embargar o pignorar la participación que el socio tiene en la sociedad.

#### **1.10. Participación y responsabilidad del socio**

1) El tema de la responsabilidad de la sociedad y de los socios es de especial relevancia en sociedades personales y por eso también en Comunidades de Obra.

No solamente el patrimonio, sino también las obligaciones y deudas, no se adjudican a la sociedad, sino a los socios. La responsabilidad es

mancomunada, es decir, los socios responden mancomunadamente con todo su patrimonio privado. Es consecuencia de este tipo de responsabilidad de los socios, que el dueño de la obra puede reclamar la terminación de la obra a cada socio de la Comunidad de Obra.

En el caso de la sociedad mercantil colectiva y de la sociedad en comandita en cuyo caso la responsabilidad mancomunada ha sido codificada en los arts. 705, párr. 1, 728 y 730, Código de Comercio. En el caso de la sociedad personal no existe una regulación legal semejante.

Uno de los más importantes casos de responsabilidad del socio es el caso de garantía frente al dueño de la obra. Si no se ha pactado algo diferente, el dueño de la obra puede reclamar la garantía de cada socio individualmente. Esto puede tener graves consecuencias, especialmente gastos para el socio al que se haya reclamado, si la garantía que se le pide hace necesario obras fuera del *know-how* o de la especialización de esta empresa. Si la empresa reclamada no puede realizar las obras de garantía, no le queda otro remedio que hacer uso de una tercera empresa pagando sus gastos. El derecho de reclamar compensación a los demás socios después de haber tenido tales gastos puede ser muy teórico en el caso de quiebra de los demás socios.

2) Igual que en el caso de la sociedad colectiva y de la sociedad en comandita en las sociedades personales en analogía al art. 128, párr. 2, Código de Comercio, la sociedad puede acordar con sus acreedores la limitación de la responsabilidad al patrimonio de la sociedad. Esto, no obstante en casos de Comunidades de Obra no sucederá frecuentemente, porque no suelen disponer de patrimonio abundante.

Fuera de estos casos una limitación de la responsabilidad al patrimonio común solamente es posible frente a obligaciones sociales, es decir frente a pretensiones y reclamaciones de socios contra la sociedad. Esta limitación de responsabilidad, no obstante es aplicable, si un socio ha sido requerido por un acreedor de la sociedad y ahora intenta recuperar los gastos que ha tenido para cumplir la obligación social frente a este acreedor. En estos casos la obligación de fidelidad social obliga al socio intentar primeramente recuperar sus gastos del patrimonio común y sólo en el caso de que no exista suficiente patrimonio pedir la compensación a sus consocios.

Existe una tercera excepción a la regla de no limitar la responsabilidad al patrimonio social. Son éstos los casos del acceso de un nuevo socio a una sociedad ya existente. Estos socios no responden con su patrimonio privado para obligaciones sociales originadas antes de la fecha de acceso

a la sociedad.<sup>34</sup> Otro tema más que debe ser tratado es el de la responsabilidad de los socios en casos de acciones ilícitas en el sentido de los arts. 823 y ss. del Código Civil de socios gerentes de la sociedad. Los arts. 823 y ss. del Código Civil regulan el caso más importante de la responsabilidad extracontractual. Esta norma básica, es decir el art. 823 del Código Civil, obliga a pagar daños y perjuicios al que intencionadamente o negligentemente haya dañado la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o un derecho comparable de otra persona de forma ilícita.

Si esto ocurriera a un socio gerente de una Comunidad de Obra, se podría pensar en la aplicación del art. 831 del Código Civil que obliga al patrón a responder para una acción ilícita de su adyuvante. El patrón se puede disculpar y descargar de la responsabilidad si demuestra que en la selección, instrucción y vigilancia del causante del daño ha operado con la diligencia debida. La terminología usada aquí, es decir, el término patrón y adyuvante ya indican la necesidad de existencia de una relación de instrucción y dependencia social entre estas dos personas. Este tipo de relación puede existir entre un socio de la Comunidad de Obra y el gerente de la Comunidad de Obra, por pertenecer este gerente a la plantilla de socio. No obstante, no puede existir tal relación entre los socios. Por lo tanto la aplicación del art. 831 del Código Civil no es muy frecuente. Si acaso sucediera una excepción, es decir si existe una relación de dependencia, cada socio tendría la posibilidad de disculpar o descargarse de la responsabilidad demostrando lo anteriormente dicho.

La sociedad personal misma no puede ser actor de una acción ilícita en el sentido de los arts. 823 y ss., por no tener personalidad jurídica.

3) El tema de la responsabilidad también se plantea en la relación interna entre los socios.

En el derecho alemán no solamente el dolo, sino también la negligencia causa la responsabilidad. En casos excepcionales la ley limita la responsabilidad y excluye la negligencia leve. En ciertos casos también es posible pactar tal limitación de responsabilidad.

El art. 708 del Código Civil contiene una limitación de responsabilidad, porque dispone que el socio frente a otros socios, solamente debe respetar el cuidado que normalmente aplica en sus asuntos propios (diligencia *cuam insuis*). Esto significa una liberación de la responsabilidad para negligencia leve, lo cual se justifica por la relación especial que existe entre los socios. Parece ser inadecuado responsabilizar a un socio por una culpa leve que puede tener lugar en cualquier momento.

<sup>34</sup> BGHZ, 74, 240.

### 1.11. Órganos de la Comunidad de Obra, gerencia y representación

1) La Comunidad de Obra normalmente dispone de los siguientes órganos:

- órgano supervisor
- gerencia técnica
- gerencia comercial

El órgano superior es el equivalente a una asamblea de socios y toma las decisiones sobre temas de importancia general y temas presentados por los socios. El órgano supervisor también tendrá la autoridad para tomar decisiones, en caso de que la gerencia técnica y comercial no lleguen a un acuerdo en un tema concreto. El órgano supervisor, en principio, de acuerdo con el art. 709, párr. 1 del Código Civil, tendría que tomar sus decisiones con unanimidad. Por eso el art. 6º, párr. 6, frase 2 del contrato muestra dispone, que en el caso de que no se llegue a un acuerdo en la primera convocatoria sería suficiente la mayoría simple de los socios presentes en una segunda convocatoria. El art. 6º, párr. 6, frase 3 del contrato muestra, regula que los votos de los gerentes comerciales y técnicos tienen el carácter de dirimente en caso de embate de votos en la segunda convocatoria, teniendo la competencia de votar el gerente a cuyo ámbito se adjudique la cuestión a votar.

En caso de que un tema siga en la esfera de competencia del gerente comercial y también del gerente técnico, sugería una situación de embate nuevamente. Para tales casos se ha propuesto por parte de Kornblum<sup>35</sup> la posibilidad de nombrar a un consejo asesor para que éste tome la decisión necesaria, o de establecer un turno entre el gerente técnico y el gerente comercial.

2) De acuerdo con la vista alemana de gerencia ésta se dedica a las relaciones internas de la sociedad y la representación a las relaciones de la sociedad con terceros.

Al contrario que en las personas jurídicas, donde la gerencia y la representación están concentradas en una mano, como por ejemplo en la sociedad anónima en el consejo ejecutivo, en la sociedad de responsabilidad limitada en la gerencia, en la sociedad personal la gerencia y la representación son llevadas por todos los socios. No obstante, la ley es dispositiva y puede ser derogada en los estatutos de la sociedad. No obstante,

<sup>35</sup> KORNBLUM, p. 11.

te, rige el principio de la autoorganización, es decir, gerencia y representación tienen que estar en manos de un socio.

El contrato muestra, para la Comunidad de Obra, prevé en su art. 5º, párr. 1, el nombramiento de un gerente técnico y un gerente comercial. Cada uno de ellos tiene un ámbito de representación propio y separado del otro (art. 5º, párr. 3, del contrato muestra).

### 1.12. Cese y baja anticipada de un socio

Una sociedad personal se puede rescindir por parte de un socio de forma ordinaria y extraordinaria (art. 723, párr. 1, art. 724, frase 2, del Cód. Civil). La rescisión ordinaria normalmente se excluye en contrato de Comunidades de Obra.

La rescisión y la muerte de un socio causan la disolución de la sociedad, si los socios en los estatutos no han previsto la continuación de la sociedad (arts. 723, 724, 727 y 736 del Cód. Civil). Lo mismo rige en el caso de la quiebra de un socio (art. 728 del Cód. Civil). En caso de que exista una cláusula de continuación, el socio que rescinde, muere o quiebra se separa de la sociedad y recibirá una indemnización de acuerdo con el art. 738 del Código Civil. La sociedad continúa con los demás socios. La participación del socio que ha salido de la sociedad se reparte entre los socios que quedan y les acrece.

La libertad contractual también permite soluciones como la que se ha aplicado en el contrato muestra de las Comunidades de Obra en su art. 23. En el art. 22 se regula que los herederos de un socio difunto en un primer paso obtienen la posición de socio, pero que pueden ser excluidos si dentro de un plazo de seis semanas no nombran una sola persona mayor de edad que represente a los herederos en la sociedad.

### 1.13. Terminación de la Comunidad de Obra

La Comunidad de Obra termina cuando haya cumplido su fin, es decir, con la terminación de la obra, lo cual tiene lugar cuando los plazos de prescripción de la garantía hayan caducado. El plazo de garantía en el contrato de obra es de cinco años a partir de la recepción de la obra (art. 638 del Cód. Civil). Este plazo, no obstante, se puede interrumpir con un procedimiento judicial que sirve para tomar pruebas. Después de que este procedimiento haya terminado, el plazo de prescripción empieza de nuevo.

Esto quiere decir que una Comunidad de Obra en la práctica tiene que seguir existiendo durante bastante tiempo por el simple hecho de que el plazo de prescripción de la garantía aún no haya terminado.

Si esto ocurriera, el art. 28 del contrato muestra permite la disolución anticipada de la sociedad. Esto naturalmente no puede influir la responsabilidad frente a terceros y el deber de compensación en caso de que uno de los socios sea reclamado por parte del dueño de la obra o por un tercero.

Cuando la Comunidad de Obra haya terminado, se devuelven los bienes de los socios a éstos (art. 732 del Cód. Civil), se cubren las deudas de la sociedad (art. 733 del Cód. Civil), y se abonan las aportaciones a los socios en el caso de que no hayan sido gastadas. Si queda un superávit, éste también se reparte entre los socios (art. 734 del Cód. Civil). En el caso de que el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para cubrir la totalidad de las deudas de la sociedad, los socios están obligados a ingresar los importes que falten (art. 735 del Cód. Civil).

#### **1.14. Tratamiento fiscal de la Comunidad de Obra**

El tratamiento fiscal de las Comunidades de Obra dependen de la cantidad de proyectos y de la duración de éstos. La administración fiscal distingue entre dos casos:

- 1) realización de un solo proyecto y duración de menos de tres años;
- 2) realización de un proyecto y duración de más de tres años o la realización de más de un proyecto.

En el primero de los casos la Comunidad de Obra no es tratada como una sociedad personal. Esto quiere decir, que los ingresos de los socios son registrados por separado. Respecto al impuesto de empresas el establecimiento de la Comunidad de Obra es considerado como establecimiento fiscal de cada socio.

En el segundo de los casos las autoridades fiscales tratan a la Comunidad de Obra como una sociedad social, lo cual conduce a una registración conjunta de los ingresos de los socios. La Comunidad de Obra en estos casos también es sujeto pasivo del impuesto de actividades empresariales.

Respecto del tema del Impuesto sobre el Valor Añadido no hay que respetar peculiaridades. Ambos tipos de Comunidades de Obra son empresarios en la terminología de la legislación del IVA en Alemania y sujetos pasivos para este impuesto.

#### **1.15. La Comunidad de Obra en el pleito / Procedimiento de arbitraje**

Como ya dijimos anteriormente, la Comunidad de Obra no tiene personalidad jurídica propia y, por lo tanto, no puede ser parte en un procedimiento judicial.

Por lo tanto en procesos activos o pasivos la totalidad de los socios son la parte. Aparte de esto, no hay peculiaridades.

En la práctica, frecuentemente en los contratos de Comunidades de Obra, se encuentran cláusulas de arbitraje no solamente para las relaciones con terceros, sino también para posibles conflictos entre los socios o entre socios y la sociedad. En este contorno hay que tener en cuenta un tema muy importante que se desprende del art. 1027, Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta norma obliga a las partes a acordar el arbitraje en un contrato separado. Este contrato no puede contener temas que no tengan relación con el contrato de arbitraje. Por lo tanto, en los estatutos sociales o en un contrato de obra solamente se puede hacer referencia a un contrato de arbitraje aparte. Si no se cumplen estos requisitos el contrato de arbitraje es nulo.