



FACULTAD DE DERECHO

**EL IMPACTO DEL CONCURSO DE
ACREEDORES EN LOS CONTRATOS
DE LAS ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS, TRABAJO DE FIN DE
GRADO**

Autora: Patricia González Martín

Directora: María Burzaco Samper

Madrid

Abril de 2014

Nombre: Patricia

Apellido 1: González

Apellido 2: Martín

**EL IMPACTO DEL CONCURSO DE ACREEDORES EN LOS CONTRATOS
DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, TRABAJO DE FIN DE
GRADO**

RESUMEN

En este trabajo se analizan los efectos que tiene la declaración del concurso del contratista sobre los contratos celebrados con las Administraciones públicas.

La declaración de concurso tiene gran incidencia en las relaciones jurídicas entre el deudor concursado y las Administraciones Públicas. Por una parte supone la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas y por otra, puede llevar consigo la resolución del contrato. Además se han estudiado las diferentes alternativas a la resolución de los contratos: la cesión del contrato y la subcontratación.

Se han analizado los dos tipos de contratos del Sector Público: los contratos administrativos y los contratos privados, ya que dependiendo de qué tipo de contrato se trate, los efectos de la declaración del concurso se regirán por una legislación diferente.

Palabras claves: Contratos públicos, naturaleza de los contratos públicos, Concurso de Acreedores, Administración pública.

ABSTRACT

This article analyses the main effects, which has the declaration of insolvency of the contractor on contracts concluded with de public administration.

The declaration of insolvency has great impact on legal relations between public administrations and the debtor bankrupt. On one hand it involves the prohibition to contract with public administrations and on the other, it may lead to the end of the contract. In addition we have studied alternatives to the resolution of the contracts: the contract assignment and subcontracting.

The two types of Public Sector contracts were analyzed: administrative contracts and private contracts, because depending on what type of contract is, the effects of the declaration are different.

Keywords: Public Contracts, Declaration of Insolvency, Public Administration.

ABREVIATURAS

Art	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Comunidades Autónomas
EELL	Entidades Locales
FD	Fundamento de Derecho
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
PIB	Producto Interior Bruto
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
SA	Sociedad Anónima
SEOPAN	Asociación Nacional de Empresas Constructoras
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLCSP	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.

ÍNDICE

RESUMEN	3
ABSTRACT	4
ABREVIATURAS	5
1. INTRODUCCIÓN	8
2. EL CONCURSO DE ACREEDORES: CONCEPTO, EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y SITUACIÓN ACTUAL.....	11
2.1. Concepto.....	11
2.2. Evolución legislativa.....	11
2.2.1. <i>Las primeras previsiones</i>	<i>11</i>
2.2.2. <i>Incorporación de disposiciones comunitarias en la normativa de contratos</i>	<i>12</i>
2.2.3. <i>Situación actual en el marco concursal</i>	<i>13</i>
3. APTITUD PARA PODER CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO	15
3.1. Capacidad de obrar.....	15
3.1.1. <i>Capacidad de obrar de las personas físicas</i>	<i>15</i>
3.1.2. <i>Capacidad de obrar de las personas jurídicas</i>	<i>16</i>
3.2. Solvencia.....	16
3.3. No incursión en la prohibición de contratar	17
3.3.1. <i>Prohibiciones de contratar relacionadas con el concurso</i>	<i>18</i>
3.3.2. <i>Otras causas de prohibición de contratación relacionadas con la insolvencia del deudor.....</i>	<i>19</i>
4. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	21
4.1. Ámbito subjetivo del TRLCSP.....	21
4.2. Ámbito objetivo	23
4.3. Régimen jurídico	25
5. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS DEL DEUDOR CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 28	28
5.1. Efectos de la declaración del concurso en los contratos administrativos.....	28
5.1.1. <i>Causas de resolución de un contrato administrativo</i>	<i>29</i>
5.1.2. <i>Procedimiento administrativo para la resolución de contrato</i>	<i>31</i>
5.2. Efectos de la declaración del concurso en los contratos privados.....	32
6. ALTERNATIVAS A LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	35
6.1. La cesión del contrato y su relación con el concurso de acreedores	35
6.2. Subcontratación y concurso	37
6.2.1. <i>Subcontratación: ¿Una alternativa válida?</i>	<i>37</i>
6.2.2. <i>Acción directa por el subcontratista</i>	<i>38</i>
7. LOS CRÉDITOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL CONTRATISTA DENTRO DEL CONCURSO.....	43
7.1. Créditos contra la masa	43

7.2. Créditos concursales	44
8. CONCLUSIONES	46
9. BIBLIOGRAFÍA	48

1. INTRODUCCIÓN

El Estado es el mayor ejecutor de obra pública, al que hay que sumar las restantes Administraciones Públicas (Comunidades Autónomas y Entes Locales), los organismos autónomos y entidades empresariales que constituyen, en su conjunto, el Sector Público que contrata habitualmente con empresas privadas. Como ejemplo de la magnitud de estas inversiones, conviene señalar que en 2009, último año antes de los recortes, la inversión pública real presupuestada por el sector público estatal ascendió a 31.482 millones de euros y el total de contratos públicos representó el 18 % del PIB de España¹.

La legislación sobre contratación administrativa ha evolucionado y de ser una legislación sobre contratos del Estado, pasó a ser una legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas para acabar, en la actualidad, siendo una legislación sobre los contratos que formalizan todos los entes que integran el Sector Público.

En esta evolución, ha sido determinante la influencia del Derecho Comunitario que desde la integración de España en la Comunidad Económica Europea en 1986, ha tenido que introducir las modificaciones necesarias en la legislación interna. En lo que a esta materia se refiere, las modificaciones tiene como objetivo principal someter a los principios de publicidad y concurrencia la contratación efectuada por todos aquellos sujetos que teniendo capacidad de contratar utilizan fondos públicos para ello.

Por lo que se refiere al ámbito de la legislación concursal se ha producido una profunda transformación con la promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, que respondía a una insistente demanda de reforma, puesto que las normas vigentes en esta materia como el Código de Comercio de 1829 obedecía a unas circunstancias muy diferentes a las actuales. Como se recoge en la exposición de motivos, la nueva ley unifica en una sola norma aspectos materiales con aspectos procesales, creando la jurisdicción mercantil como jurisdicción exclusiva y excluyente, sin hacer distinciones entre deudores mercantiles y no mercantiles, estableciendo un único procedimiento para todos ellos frente a la diversidad anterior: el concurso de acreedores.

¹ Intervención General de la Administración General del Estado, Ejecución presupuestaria, Consultado en: <http://www.igae.pap.minhap.gob.es/sitios/igae/es-ES/EjecucionPresupuestaria/Paginas/EjecucionPresupuestaria.aspx>

Precisamente una de las excepciones, que en la exposición de motivos se remite a su regulación especial, son los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor.

En un entorno de crisis económica como el actual en el que llevamos inmersos desde el otoño del 2007, una de las consecuencias más negativas para la economía española es el gran número de empresas que han entrado en concurso de acreedores, con el consiguiente impacto en el empleo y deudas impagadas, que a su vez, generan crisis en otros agentes económicos.

Tomando como fuente el Instituto Nacional de Estadística, el número de empresas concursadas en 2013 ascendió a 9.660, y desde 2008 han superado las 41.000². Si tenemos en cuenta las estimaciones más optimistas que hacen referencia a que solo sobreviven el 10 %, seremos conscientes de la destrucción del tejido económico que ha supuesto esta crisis, por no hablar del incremento del paro hasta alcanzar al 26 % de la población activa. Además, esta recesión ha afectado especialmente al sector de la construcción, no solo residencial sino también de obra civil, y la mayoría de esta obra civil se contrata con las administraciones públicas.

Una variante del contrato de obra pública ha sido el contrato de concesión de obra pública para hacer frente a su ejecución ante la falta de recursos públicos para afrontarla directamente, siendo de cuenta del concesionario la construcción y la explotación para financiarla durante el periodo de concesión contando con el aval del Estado. Pues bien, en 2013 una de estas entidades concesionarias (la que explota la radial R-2 de acceso a Madrid) entró en concurso, demandando al Estado para que restableciese el equilibrio económico-financiero, porque los gastos de expropiación resultaron muy superiores a los previstos y el tráfico de vehículos bastante inferior al estimado debido a la crisis económica³.

Teniendo presente este contexto, el objetivo de este trabajo de fin de grado ha consistido en analizar cómo afecta el concurso de acreedores a los contratos administrativos teniendo para ello presente el marco legislativo vigente, esto es, la Ley de Contratos del Sector Público y la Ley Concursal con sus modificaciones, para

² Datos obtenidos de estadísticas oficiales realizadas por el Instituto Nacional de Estadística, Disponible en: www.ine.es.

³ El Mundo, *Todas las autopistas radiales en Madrid, en concurso de acreedores*. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/09/17/madrid/1379425569.html>

considerar posteriormente la doctrina y jurisprudencia más reciente. Dos son los principales aspectos que se van a analizar:

- a) Las repercusiones de la declaración del concurso en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas, distinguiendo entre contratos de carácter administrativo y contratos de carácter privado.
- b) La insolvencia del deudor como causa de prohibición para contratar.

2. EL CONCURSO DE ACREEDORES: CONCEPTO, EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y SITUACIÓN ACTUAL.

2.1. Concepto

El concurso de acreedores es un proceso de ejecución universal cuyo objetivo principal es la aprobación de un convenio con los acreedores que permita continuar con la actividad empresarial, y en caso de no poder llegar a un convenio, o se incumpla este, dará lugar a la liquidación del patrimonio del deudor, para satisfacer a los acreedores.

En el caso que nos atañe, se va a proceder a analizar los efectos que tiene la declaración del concurso del contratista sobre los contratos celebrados con la Administración pública.

2.2. Evolución legislativa

2.2.1. Las primeras previsiones

Los antecedentes inmediatos del concurso de acreedores son, en el caso del deudor no comerciante, junto con el concurso, un procedimiento que trata de evitarlo: la quita y espera. En el caso del deudor comerciante o empresario, surge junto a la quiebra, un procedimiento para evitarla: la suspensión de pagos. Estos procedimientos, surgen para la preservación de la actividad empresarial⁴.

En la Ley de Contratos del Estado de 1965, en relación con el contrato de obras y con el de gestión de los servicios públicos, se reconocía la quiebra o suspensión de pagos del contratista como causa de resolución de los contratos administrativos, si bien esta última se introdujo en aquella por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, siguiendo una abundante doctrina del Consejo de Estado.

Posteriormente, con la entrada de España en la Comunidad Económica Europea en 1986, se modificó esta Ley añadiendo el supuesto de *“haber presentado solicitud judicial de quiebra o de concurso de acreedores, mientras, en su caso, no fueren rehabilitadas”*. Este último supuesto de prohibición fue introducido como modificación de la Ley de Contratos del Estado de 1965 por el Real Decreto 931/86, de 2 de mayo, cumpliendo una exigencia del Derecho Comunitario (Directivas 71/305 y 77/62), para el contrato de obras y para el contrato de suministros, respectivamente.

⁴ ALMOGUERA GARCÍA, J., “Las crisis empresariales. La solicitud y la declaración del concurso”, en SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (Coord.), *Fundamentos de Derecho Empresarial*, Tomo IV, Aranzadi, Navarra, 2012, Pág. 23.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada en 1995 y cuyo texto refundido fue aprobado mediante el Real Decreto 2/2000, de 16 de junio y por tanto previa a la nueva Ley Concursal, determinaba como causas de resolución del contrato administrativo “*la declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento, o el acuerdo de quita y espera*”, si bien en los casos de quita y espera y de suspensión de pagos, se dejaba en manos de la Administración la posibilidad de “*continuar el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquella para la ejecución del mismo*”.

2.2.2. Incorporación de disposiciones comunitarias en la normativa de contratos

La primera adaptación de la normativa sobre contratos administrativos a la legislación europea tiene lugar, como hemos dicho anteriormente, con el Real Decreto 931/86, de 2 de mayo, que modifica la Ley de Contratos del estado de 1965. Posteriormente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público tuvo su origen en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento la correspondiente disposición comunitaria en la materia, en concreto la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Esta disposición introdujo numerosos y trascendentales cambios en la normativa europea de contratos. Más tarde, esta Ley fue sustituida por el Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) que en su artículo 223 estableció, entre otras, como causa de resolución del contrato “*la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento*”.

El 28 de marzo se ha publicado en el Diario de la Unión Europea la Directiva 2014/2014/U.E. del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, que debe transponerse a la normativa de los Estados miembros antes de 18 de abril de 2016, permitiendo determinados artículos hasta el 18 de octubre de 2018.

2.2.3. Situación actual en el marco concursal

En 2003 se aprobó una reforma radical, a través de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Una vez promulgada la Ley Concursal, ya no se hace referencia a una pluralidad de procedimientos de ejecución universal, como causa de resolución de los contratos, sino que debido a la unificación de todos los procedimientos se hace referencia solamente al concurso de acreedores, pues era uno de los objetivos del legislador concursal, si bien se menciona otro procedimiento especial: *“la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento”*.

En este contexto, no se debe olvidar que la razón última por la cual los contratos administrativos son objeto de resolución cuando el deudor ha sido declarado en concurso o insolvente se basa en el carácter personalísimo de los contratos administrativos. En este sentido el Tribunal Supremo señala que *“el contrato administrativo constituye una obligación personalísima y resulta decisiva la capacidad jurídica y técnica del adjudicatario”*⁵.

La especificidad de la declaración de concurso o insolvencia del contratista, como causa de resolución de los contratos administrativos se funda en que el legislador es consciente de que en una economía de mercado el contratista está sometido a riesgos financieros, constatación esta que le invita a contemplar los procesos derivados de la insolvencia del deudor como una causa de resolución del contrato que es más benevolente para el contratista que las consecuencias derivadas de la resolución por incumplimiento del contratista. Mientras que el incumplimiento lleva aparejado la pérdida de la garantía del contratista y la indemnización por daños y perjuicios a la Administración contratante, la declaración del concurso del contratista tendrá solo efectos similares cuando sea declarado culpable, como veremos a lo largo de este trabajo.

La LC entra en vigor conforme a la Disposición Final Trigésimo quinta, el 1 de septiembre de 2004 y apenas fue aplicada hasta 2006, cuando se declararon dos concursos de enorme magnitud tanto económica como social: Forum Filatélico y Afinsa. Además, la gravísima crisis económica que se inicia a partir de 2008, dio lugar a la declaración de un gran número de concursos de acreedores, lo que puso de manifiesto varias deficiencias de la LC. Por este motivo, la LC, ha sido objeto de varias reformas

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 1984 núm. 4916/1984, Ponente: Excmo. Sr. Vicente Marín Ruiz, Aranzadi, (RJ 1984/4916).

entre las que destacan las efectuadas por el RD Ley 3/2009, de 27 de marzo, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre y el RD Ley 4/2014, de 7 de marzo⁶.

⁶ ALMOGUERA GARCÍA, J. , *op.cit.*, Pág. 23

3. APTITUD PARA PODER CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO

La idoneidad para contratar con el sector público, viene determinada por tres condiciones, tal y como establece el artículo 53 del TRLCSP: a) capacidad de obrar; b) solvencia económico-financiera y técnico-profesional; y c) no estar incurso en prohibición para contratar.

La importancia de esos requisitos está fuera de cuestión. No en vano, el art. 32 TRLCSP establece como una de las causas de nulidad de derecho administrativo de los contratos: “b) *La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60*”. En este sentido conviene recordar que, de acuerdo con los arts. 31 y 35 TRLCSP, la concurrencia de esta causa de invalidez determina la nulidad de todo el contrato con las consecuencias que el propio art. 35.1 TRLCSP contempla (restitución recíproca de las “cosas” (sic) que las partes hubiesen recibido en virtud del contrato o, si esto no es posible, su valor; e indemnización de los daños y perjuicios a que, en su caso hubiere lugar, por parte de la parte que resulte culpable).

Hay que tener presente que el eventual concurso de acreedores puede tener incidencia en cada uno de los presupuestos subjetivos apuntados. De ello nos ocuparemos en los siguientes epígrafes.

3.1. Capacidad de obrar

De los tres requisitos, posiblemente este es el que, a priori, menos problemas parece plantear. Sin embargo, no son infrecuentes los conflictos suscitados respecto del mismo. Para un entendimiento cabal de la problemática en torno a la capacidad de obrar hemos de distinguir entre personas físicas y personas jurídicas.

3.1.1. Capacidad de obrar de las personas físicas

Para poder contratar con el Sector Público se requiere una capacidad de obrar plena. Se entiende que tienen capacidad de obrar plena, las personas físicas, mayores de edad o menores emancipados, siempre que no estén incapacitados o no hayan sido declaradas pródigas.

3.1.2. Capacidad de obrar de las personas jurídicas

En relación con la capacidad de obrar de las personas jurídicas, el artículo 57.1 del TRLCSP establece que las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios. En este contexto conviene señalar que es reiterada la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (Ministerio de Economía y Hacienda), respecto a la necesidad de que el objeto social de las personas jurídicas ampare la actividad concreta a que hace referencia el objeto de la prestación que se tiene que contratar:

Si bien las prestaciones objeto del contrato tienen que estar comprendidas en los fines, el objeto o el ámbito de actividad de la empresa, no es necesaria la coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato. Corresponde al órgano de contratación valorar esta adecuación⁷.

Asimismo, la capacidad de obrar de las personas jurídicas se acreditará mediante la escritura de constitución y los estatutos en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate, según establece el artículo 72.1 del citado texto legal.

En relación con la capacidad de obrar hay que tener en cuenta la influencia del concurso en la misma, ya que el auto que declara el concurso debe pronunciarse sobre si el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido su ejercicio a la intervención de los administradores concursales (completando su capacidad jurídica), o si se suspenden dichas facultades siendo sustituidas por los administradores concursales.

3.2. Solvencia

La solvencia es exigible en todo tipo de contratos que celebren las entidades del sector público. Para celebrar contratos con el sector público, los empresarios deberán acreditar que están en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica, financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación.

Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de

⁷ Informe 11/8 de 30 de Abril. Capacidad de obrar de las personas jurídicas

licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo, según establece el artículo 62 del TRLCSP.

La solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse a través de los siguientes medios:

- Declaración de entidades financieras.
- Presentación de cuentas anuales ante el Registro Mercantil, o si no estuvieren obligados, presentación de libros de contabilidad.
- Declaración del volumen total de negocios, en especial, en relación al ámbito del objeto del contrato.

Asimismo, el empresario podrá además acreditar su solvencia a través de otros documentos que se consideren apropiados, siempre que lo justifique.

3.3. No incursión en la prohibición de contratar

El contratista, además, de tener capacidad de obrar y reunir solvencia económica y financiera, no puede estar incurso en las prohibiciones que enumera el artículo 60 TRLCSP:

- a) Condena firme por delito.
- b) Situación concursal e insolvencia.
- c) Sanción administrativa grave y firme.
- d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de la seguridad social.
- e) Falsedad en la comunicación de datos u omisiones de comunicación de datos obligatorios.
- f) Conflicto de interés o incompatibilidad de administradores, accionistas o personas a ellas vinculadas.

La nueva Directiva 2014/24/U.E. de 26 de febrero, a la que hemos hecho referencia anteriormente, hace hincapié como motivos de exclusión para contratar, frente cualquier condena firme por delito del artículo 60 del TRLCSP, en aquellos que tienen una mayor reprobación social actualmente, como estar condenados por participar en una organización delictiva, por corrupción, por fraude, por delito de terrorismo, por blanqueo de capitales, por trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos. Esta

exclusión se aplicará también, y esto es novedoso, cuando el condenado por sentencia firme sea un miembro del órgano de administración o de dirección del operador económico.

Las prohibiciones de contratar responden a una doble finalidad, por un lado, garantizar la fiabilidad del licitador y, por otro, proteger al poder adjudicador.⁸

De todas prohibiciones de contratar enumeradas, vamos a estudiar con más detenimiento el concurso y la insolvencia del contratista.

3.3.1. Prohibiciones de contratar relacionadas con el concurso

En lo que atañe a este trabajo, es importante centrarse en la letra b) del apartado primero del artículo 60, donde se enumeran las prohibiciones de contratar relacionadas con el concurso o la insolvencia del deudor⁹. El deudor concursado no podrá contratar en las siguientes situaciones:

- a) Cuando se haya solicitado concurso. No hace falta el auto declarativo, ni tampoco la admisión a trámite de la misma. Sin embargo, la solicitud de un periodo para llegar a un acuerdo con los acreedores, sin instar concurso, no conlleva ninguna prohibición para contratar¹⁰ (artículo 5 *bis* de la Ley Concursal). Si se analiza con atención este epígrafe resulta lógico, ya que la administración no contratará con un contratista que haya solicitado el concurso, porque estará poniendo de manifiesto su falta de equilibrio financiero que puede hacer peligrar la finalización del contrato¹¹.
- b) Con quien haya sido declarado insolvente en cualquier procedimiento.
- c) Hasta la aprobación del convenio, es decir, que mientras no cesen los efectos de la declaración del concurso, el deudor concursado estará inhabilitado. Sin embargo, una vez que se apruebe el convenio podrá hacerlo.
- d) Si el contratista se encuentra sometido a intervención judicial.

⁸ VÁZQUEZ LEPINETTE, T. “Los efectos del concurso sobre los contratos administrativos a la luz del Real Decreto-Ley 6/2010”, *Anuario de Derecho Concursal* n° 22, 2011, Págs. 318

⁹ Nueva redacción introducida por el RDL 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo.

¹⁰ LINARES GIL, M.I. “Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el Real Decreto-Ley 6/2010”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n° 14, 2011, Págs. 193-204.

¹¹ FERNÁNDEZ TORRES, I. “Algunas consideraciones en torno a los efectos del concurso sobre los contratos del sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 143, 2009, Pág. 501.

- e) Si está inhabilitado por la sentencia de calificación del concurso mientras no finalice el periodo de inhabilitación fijado en la misma, conforme a la Ley Concursal.

De estas cinco causas, la a), c) y e) están relacionadas con el concurso, pues la última tiene su origen en la calificación de culpable del concurso, lo que implica que haya mediado dolo o culpa grave del deudor en la generación o agravamiento del estado de insolvencia.

3.3.2. Otras causas de prohibición de contratación relacionadas con la insolvencia del deudor

En el artículo 60.1 TRLCSP encontramos además, de las causas relacionadas con el concurso del contratista, las que se refieren a la insolvencia o intervención judicial del contratista:

a) Intervención judicial

La intervención judicial viene regulada en los artículos 630 a 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el marco de los embargos de bienes en procesos de ejecución. En consecuencia, estamos en presencia de empresas embargadas en las que el juez nombra a un administrador judicial para garantizar los derechos de los acreedores. Por ello, resulta lógico que en estas circunstancias no puedan contratar.

b) Declaración de insolvencia en cualquier procedimiento

Se refiere a aquellos procedimientos, administrativos o judiciales, donde a tenor de una Ley, se pueda declarar la insolvencia del deudor. El artículo 274 del RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (según la redacción recogida en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre), establece que el secretario judicial, declare mediante decreto, la insolvencia del ejecutado, previa audiencia al Fondo de Garantía Salarial¹². Entre los procedimientos propiamente administrativos para declarar la insolvencia del deudor estarían los recogidos en la normativa que regula la recaudación de recursos públicos, el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social aprobado mediante el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (artículo 129) y el Reglamento General de Recaudación, aprobado mediante el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio artículo 61:

¹² Del GUAYO CASTIELLA, I., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La ley, Madrid, 2011, Págs. 33-39.

Se considerarán fallidos aquellos obligados al pago respecto de los cuales se ignore la existencia de bienes o derechos embargables o realizables para el cobro del débito... La declaración de fallido podrá referirse a la insolvencia total o parcial del deudor.

c) Hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social

La solvencia económica y financiera del contratista está también relacionada con la letra d) del mismo artículo, al establecer como causa de prohibición para contratar, el no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen. El legislador duda de que aquel que incumple sus obligaciones para sostener los servicios públicos como sanidad, educación, pensiones, infraestructuras, etc., sea idóneo para poder cumplir con un contrato con la Administración Pública, bien sea por razones estrictamente financieras que ponen en entredicho su solvencia, o bien por razones puramente éticas.

En cuanto al momento en que debe de cumplirse la condición de estar al corriente de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales establece en su Resolución de 23 de diciembre de 2010, en su FD Sexto:

En definitiva, resulta claro, que dicho requisito, estará al corriente de las obligaciones con la Seguridad social, debe cumplirse desde el momento de presentar las proposiciones, circunstancia esta que no se cumple respecto de la empresa recurrente y hasta el momento de la adjudicación, procediendo su acreditación en un fecha inmediata anterior a la misma

De acuerdo con lo señalado, resulta, asimismo, evidente que la empresa recurrente está incluida en uno de los supuestos (apartado d) que prohíben contratar según el artículo 49.1 de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, en cuanto que en el momento de formular su proposición aún cuando incluye en la misma una declaración responsable de estar al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social, no se encuentra al corriente de dichas obligaciones¹³.

Por tanto, la doctrina administrativa interpreta que “el estar al corriente” con la Hacienda Pública y la Seguridad Social implica, para no incurrir en prohibición de contratar, cumplir esa condición tanto en el momento de la presentación de proposiciones como en el momento de la adjudicación.

¹³ Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Resolución de 23 de diciembre de 2010. Recurso nº 045/2010, Resolución nº 033/2010. Disponible en: www.minhap.gob.es.

4. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

La normativa contractual distingue entre contratos administrativos y contratos privados, asignando un distinto régimen jurídico a cada uno de los mismos. Dicha distinción tiene una relevancia de primer orden en el objeto de este estudio: no en vano, la Ley Concursal atribuye un dispar régimen jurídico a los efectos de la declaración de concurso, a saber:

- *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de **carácter administrativo** celebrados por el deudor con las Administraciones Públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial.*
- *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de **carácter privado** celebrados por el deudor con las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a sus efectos y extinción, por lo establecido en esta Ley.*

La compleja diferenciación entre contratos administrativos y contratos privados establecida en la normativa administrativa contractual parte de la combinación de diferentes elementos:

4.1. Ámbito subjetivo del TRLCSP

Ámbito subjetivo, por cuanto un contrato puede ser administrativo o privado en función de cuál sea la entidad contratante. Así, el TRLCSP distingue tres grupos de sujetos¹⁴:

- Los entes, organismos o entidades del sector público.
- Las Administraciones Públicas.
- Los poderes adjudicadores.

Se consideran que forman **parte del sector público**, los entes, organismos y entidades, que establece el artículo 3.1 TRLCSP. En este contexto, es importante poner el énfasis en qué se entiende por Administración Pública, que es un ámbito más concreto dentro del sector público y es al que se ciñe nuestro estudio.

¹⁴ MARTINEZ VAZQUEZ, F., “Los contratos del sector público”, en A.A.V.V., *Derecho Administrativo III*, , Dykinson, S.L., Madrid, 2011, Págs. 54-62.

Dentro del sector público, tienen la consideración de **Administraciones Públicas**:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las CC.AA y las EE.LL.

b) Los Organismos autónomos

c) Las Universidades Públicas

d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y,

e) Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1. Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2. Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

La normativa establece, como excepción, que no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las empresas públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las CC.AA y EE.LL.

f) Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en lo que respecta a su actividad de contratación.

g) Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco, en lo que respecta a su actividad de contratación.

Por otra parte, tienen consideración de **poder adjudicador**:

- a) Las Administraciones Públicas.
- b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

En este sentido, resulta clarificadora la sentencia de 30 de abril de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que distingue entre Administración Pública y sector público:

PROEXCA, conforme consta en el hecho probado cuarto, es una sociedad mercantil cuyo capital social íntegramente (100 %) está participado por la Comunidad Autónoma de Canarias. Consecuentemente PROEXCA forma parte del sector público, Art. 3.1.d LCSP, (RCL 2007, 1964) pero no tiene consideración de Administración Pública (Art. 3.2 LCSP)¹⁵.

4.2. Ámbito objetivo

El segundo elemento diferenciador es el ámbito objetivo, conforme al cual determinados contratos celebrados por la Administración son administrativos o privados, según cuál sea el objeto del contrato.

a) Contratos administrativos

Son contratos administrativos los que se celebren por una Administración Pública, cuando se den alguna de las siguientes circunstancias:

¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 30 de Abril de 2013 núm. 758/2013, Recurso de Suplicación núm. 55/2013, Ponente: Ilma. Sra. M^a Jesús García Hernández, Aranzadi (AS 2013,2858)

- Contratos administrativos “típicos o nominados”: Son los contratos regulados en el texto: Contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, servicios, de colaboración entre el sector público y el sector privado. Se exceptúan los que tengan carácter privado de acuerdo con el art. 20.1 TRLCSP.
- Contratos de objeto distinto a los anteriores, pero que tengan naturaleza especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la competencia de aquella. Se exceptúan, los que tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados.

b) Contratos privados

Son contratos privados los siguientes:

- Los celebrados por entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

En este sentido, estos primeros en cuanto no son celebrados por una administración pública no van a ser objeto de estudio en este trabajo.

- Los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto:
 1. Servicios financieros: incluye servicios de seguros y servicios bancarios y de inversiones (categoría 6, Anexo II TRLCSP).
 2. Los contratos de compraventa, donación, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables (incluidos también en categoría 6, Anexo II LCSP).
 3. La creación e interpretación artística y literaria.
 4. Los de espectáculos: servicios de esparcimiento, culturales y deportivos (categoría 26, Anexo II TRLCSP).
 5. Suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

El TRLCSP incluye la categoría de contratos sujetos a regulación armonizada, pero esta distinción a efectos de este trabajo carece de relevancia, porque pueden estar sujetos a regulación armonizada tanto los contratos privados como los contratos administrativos, siendo esta última distinción la única importante a efectos concursales¹⁶.

4.3. Régimen jurídico

No siempre resulta fácil la distinción entre contratos administrativos y privados¹⁷. Sin embargo, de esa diferenciación se desprenden consecuencias sustanciales por lo que al régimen jurídico de unos y otros contratos se refiere.

En este sentido, como señala el apartado 2 del artículo 19 TRLCSP, los contratos calificables como administrativos se rigen por la legislación administrativa, y por sus disposiciones de desarrollo, en cuanto a su **preparación, adjudicación, efectos y extinción**. Supletoriamente, se aplican las restantes normas de Derecho Administrativo y en su defecto, por las normas de derecho privado

Frente a los contratos administrativos, los contratos privados de las Administraciones Públicas solo se regirán por las normas administrativas en lo que se refiere a su **preparación y adjudicación**. Sin embargo, en cuanto a sus **efectos y extinción** lo harán por las normas de Derecho privado, conforme a lo establecido en el apartado 2 del artículo 20 TRLCSP. El traslado de esta distinción al plano jurisdiccional es inmediato y así lo recoge el artículo 21 TRLCSP, donde se establece el régimen jurídico en materia de contratación.

Para clarificar esa distinción y sobre todo en el ámbito de la Administración Local es importante hacer referencia a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, que como en la sentencia de 13 de febrero de 1990, establece que:

Para distinguir entre los contratos privados y los administrativos, prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común, hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendiendo este concepto en su acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolle como necesaria

¹⁶ Del GUAYO CASTIELLA, I., *op. cit.*, Págs. 67-80.

¹⁷ La extensión de este trabajo no permite entrar en el examen de dichas dificultades, lo que por otra parte podría descentrar el tema del estudio. Un análisis pormenorizado de esta cuestión se encuentra en CARLON, M. "Contratos con las Administraciones Públicas", en ROJO, A. (Dir.) y BELTRÁN, E., (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Civitas Ediciones, S.L., Págs. 1241-1254.

para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo correspondiente a sus funciones peculiares; sentido lato que inspira el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado de 17 de marzo de 1973; siendo esta doctrina igualmente aplicable a la contratación de las Corporaciones Locales como se desprende de lo preceptuado en el artículo 112 del Real Decreto 781/1986, de 18 de abril que en la Regla 1ª de su apartado 2, establece que los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos a cargo de las Entidades Locales tienen el carácter de administrativos¹⁸.

En este sentido, la Sentencia de la misma Sala 1ª de este Tribunal de 30 de abril de 1986, establece que:

Dada la amplitud del concepto de servicios públicos, el concepto de contrato administrativo viene determinado doctrinalmente por la definición negativa o excluyente del servicio público, es decir, cuando el contrato no tiene por objeto la gestión del dominio privado, patrimonial o mercantil de la Administración, el contrato será administrativo; pero en el caso de las Corporaciones Municipales y Provinciales, la Ley ya detalla positivamente cuáles son los servicios públicos municipales o provinciales de la competencia del Municipio y de la Provincia, de modo que cualquier contrato otorgado por la Administración Pública Local que tenga por objeto la gestión directa o indirecta de esos servicios de su competencia (Municipal o Provincial), será un contrato administrativo¹⁹.

La Sentencia de 29 de diciembre de 1986²⁰ establece que cuando se trata de prestar un servicio de la competencia de la Administración, la naturaleza administrativa del contrato resulta indudable, ya que la jurisprudencia reconoce naturaleza administrativa a todos los contratos celebrados por la Administración cuya finalidad sea la satisfacción directa o indirecta de una necesidad pública de su competencia.

Ahondando en esta línea, conviene hacer referencia a una sentencia más reciente, de 2 de noviembre de 2010 de la Audiencia Provincial de La Rioja, que señala:

En definitiva, se trataba de un supuesto de gestión de un servicio público a través de una mercantil intermediaria, siendo, por tanto, competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa conocer de las reclamaciones que se dirigiesen contra ella sobre la base de los contratos firmados, entendiéndose que es una característica de los servicios públicos locales la prestación por medio de sociedades mercantiles de capital integrante municipal²¹.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Febrero de 1990, Ponente: Excmo. Sr. Antonio Bruguera Manté, Aranzadi, (RJ 1990/1430).

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Abril de 1986, Ponente: Excmo. Sr. Matías Malpica González-Elipe, Aranzadi, (RJ 1986/2044).

²⁰ Sentencia de Tribunal Supremo de 29 de Diciembre de 1986, Ponente: Excmo. Sr. Antonio Bruguera Manté, Aranzadi, (RJ 1987/1676).

²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 2 de Noviembre de 2010, Auto núm. 117/2010, Recurso de Apelación 466/2009, Ponente: Ilmo. Sr. D Alfonso Santisteban Ruiz, Aranzadi, (AC 2010/2293).

La sentencia después de aclarar que la prestación del servicio público en el término municipal de Logroño, era de titularidad del Ayuntamiento por imposición del artículo 25 LBRL, también señalaba que no se podía olvidar que Logroño Deporte SA tenía como objeto social único la prestación de un servicio público local.

Dentro de esta jurisprudencia menor, resulta también clarificadora la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de noviembre de 2012:

Conforme al artículo 1.2 d) de la Ley 29/1998 y el artículo 3.1.d) y 2.c) de la Ley 30/2007, las Universidades Públicas tienen la consideración de Administraciones Públicas -elemento subjetivo-. Y, según el artículo 2.1 de esta última Ley son contratos del sector público los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3, y, por ende, contratos administrativos sujetos al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme al artículo 2.b) de la Ley 29/1998 -elemento objetivo-, salvo que estén incurso en alguno de los supuestos de exclusión previstos en el artículo 4 de la citada Ley de Contratos del Sector Público antes mencionada²².

²² Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de diciembre de 2011, Auto núm. 247/2011, Recurso de Apelación núm. 359/2011, Ponente: Ilmo. Sr. D Modesto de Bustos Gómez-Rico, Aranzadi, (JUR 2012/51964).

5. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS DEL DEUDOR CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En la medida en que la LC remite a la legislación administrativa en materia de efectos de la declaración del concurso sobre los contratos administrativos, conviene examinar en qué medida el TRLCSP contiene previsiones distintas a la LC.

5.1. Efectos de la declaración del concurso en los contratos administrativos

Los contratos se extinguen por cumplimiento o por resolución, según el artículo 221 del citado texto legal. El TRLCSP establece que la declaración de concurso como la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento son causas de resolución del contrato. Como anteriormente se había expuesto, la mera solicitud de declaración de concurso por el deudor, así como la declaración del concurso necesario (aquella solicitada por uno o varios acreedores) eran causas de prohibición de contratar con la Administración Pública. No obstante, la mera solicitud del concurso no es causa de resolución del contrato, por lo que se puede entender como una manifestación del principio de conservación del contrato administrativo²³.

A los efectos del concurso, interesa destacar que la declaración del concurso del contratista constituye causa propia para la resolución del contrato administrativo, pues así lo declara la letra b) del artículo 223 del TRLCSP. Las posibilidades no se agotan en la causa citada. La redacción de la letra g) del artículo 223 del TRLCSP posibilita ampliar su ámbito de aplicación, cuando señala como causas de resolución: “*h) Las establecidas expresamente en el contrato*”. Con base en dicho precepto, previa inclusión en el propio contrato, sería posible que para el mismo se estableciese como causa de resolución contractual la mera solicitud de concurso, el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o la comunicación del artículo 5bis de la Ley Concursal dirigida al juzgado por el contratista deudor²⁴.

La declaración de concurso puede desembocar en:

- Un convenio.

²³ VÁZQUEZ LEPINETTE, T. , *op. cit.*, Págs. 318-321.

²⁴ ORDIZ FUERTES, M.C. “Contratación de las Administraciones Públicas y el concurso” Consultado en: www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292347233143%3Fblobheader%3Dapplication%252Fpdf%26blobheadername1%3DContent-Disposition%26blobheadervalue1%3Dattachment%253B%2Bfilename%253DPonencia_de_Concepcion_Ordiz_Fuertes.PDF+%26cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es&client=safari

- La liquidación del patrimonio del concursado.

5.1.1. Causas de resolución de un contrato administrativo

La aplicación de las causas de resolución de un contrato administrativo se regulan en el artículo 224 TRLCSP, y sus efectos en el artículo 225 del mismo texto legal.

La declaración de concurso en los contratos de carácter administrativo, no supone causa de resolución automática. Es decir, el órgano de contratación potestativamente continuará con el contrato, si el deudor presta garantías suficientes. En caso de muerte o incapacidad sobrevenida del contratista, la Administración podrá acordar la continuación del contrato con los herederos, si bien es verdad, que será una situación excepcional porque la mayoría de los contratos se efectuarán con personas jurídicas. La resolución unilateral de los contratos administrativos constituye una de las llamadas prerrogativas del órgano de contratación, con sujeción a los límites y requisitos establecidos en el TRLCSP²⁵.

En cambio, cuando se abre la fase de liquidación, se entiende ya la insolvencia definitiva del deudor y por tanto, desemboca en la resolución del contrato.

En todo lo expuesto anteriormente, la LCSP intenta acordar la continuación del contrato, ya que tanto en los contratos administrativos como en los contratos privados celebrados por una Administración Pública prima el interés público.

En relación con los efectos de la resolución, estos se recogen en el artículo 225:

- Si el incumplimiento deriva de la Administración, tendrá lugar, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios al contratista.
- Si el incumplimiento se deriva del contratista, deberá pagar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados.

Para aplicar las causas de resolución se tendrá en cuenta:

- a) El orden cronológico de aparición conforme concluyen los dictámenes del Consejo de Estado (Dictámenes 501/2000²⁶, de 13 de abril; 527/2000²⁷, de 27

²⁵ BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, LEX NOVA, Madrid, 2011., Págs. 89-92.

²⁶ Dictamen del Consejo de Estado núm. 501/2000, Resolución de contrato de obras, Medio Ambiente, Fecha de aprobación 13/04/2000. Consultado en: www.boe.es.

de abril; 37/2001²⁸, de 1 de marzo; 2230/2004²⁹, de 14 de octubre, 144/2008³⁰, de 13 de marzo) y la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1997³¹. Por ello, si antes de la declaración de concurso del contratista concurrese otra causa para la resolución, habrá de aplicarse esta y los efectos derivados de la misma, sin acudir a la resolución por concurso.

- b) La potestad de la Administración para resolver el contrato en caso de concurso es discrecional durante la fase común, conforme a lo dispuesto en el artículo 224 del TRLCSP. Del Guayo³² considera que el órgano contratante, unilateralmente, puede decidir sobre la resolución o no del contrato, según le convenga, aunque lo que debe de ponderar es el interés público, porque de lo contrario la discrecionalidad se convierte en arbitrariedad. En caso de liquidación, es obligada la resolución.
- c) Cuando la decisión consista en continuar con el contrato, el órgano de contratación debe de exigir la constitución de nuevas garantías y ello, además, antes de un momento límite: la aprobación judicial de convenio, pues una vez aprobado este no procederá ya iniciar el proceso de resolución de contrato, pues cesarán los efectos de la declaración del concurso (art. 133 LC).
- d) Hay que señalar respecto al régimen de garantías, que en el caso de continuar con la ejecución del contrato, se entiende que se trataría de garantías complementarias y suficientes distintas de las iniciales, que podrán ser cualquiera de las admitidas en Derecho, no teniendo por qué constreñirse a lo dispuesto en el Capítulo primero del Título Cuarto de la Ley de contratos ya que la propia Ley establece que la garantía definitiva responderá de los posibles

²⁷ Dictamen del Consejo de Estado núm. 527/2000, Resolución contrato Cocinas y Contenedores para Suboficiales Cabos 1º Marinería y Personal Civil de la Base Naval de ROTA, Defensa, Fecha de aprobación 27/04/2000, Consultado en: www.boe.es.

²⁸ Dictamen del Consejo de Estado núm. 37/2001, Expediente de caducidad de las concesiones...en la zona de servicio del puerto de Bilbao, Fomento, Fecha de aprobación 1/03/2001, Consultado en: www.boe.es.

²⁹ Dictamen del Consejo de Estado núm. 2230/2004, Expediente relativo a resolución de contrato de transporte escolar, Principado de Asturias, Fecha de aprobación 14/10/2004, Consultado en: www.boe.es.

³⁰ Dictamen del Consejo de Estado núm. 144/2008, Resolución del contrato de las obras complementarias de rehabilitación del Castillo de La Luz, Vivienda, Fecha de aprobación 13/03/2008, Consultado en: www.boe.es

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Septiembre de 1997, Recurso de Apelación núm. 4/1997, Ponente: Excmo. Sr. Juan Manuel Sanz Bayón, Aranzadi, (RJ 1997/7320).

³² Del GUAYO CASTIELLA, I., *op. cit.*, Págs. 68.

daños y perjuicios causados a la Administración con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución (Art. 100.b TRLCSP).

- e) Cuando el Juzgado de lo Mercantil abra la fase de liquidación, el órgano que tiene la competencia para contratar deberá acordar el inicio del expediente para la resolución del contrato conforme establece el artículo 224.2 del TRLCSP, acordando, además, la incautación de garantías, cuando el concurso se declare culpable, según el artículo 225.4, del citado texto legal.

En este contexto, la declaración del concurso no determina automáticamente la resolución del contrato. Este automatismo solo se produce cuando se abre la fase de liquidación por el juez del concurso.

5.1.2. Procedimiento administrativo para la resolución de contrato

La LC, como hemos señalado anteriormente, remite a la legislación especial, para regular los efectos del concurso sobre los contratos administrativos y esa legislación especial no es otra que el TRLCSP que en su Disposición final tercera establece:

Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y normas complementarias.

Pues bien, el procedimiento administrativo para resolver el contrato debería observar los siguientes requisitos:

- El órgano competente para resolver el contrato será el órgano de contratación, conforme al artículo 224.1 TRLCSP.
- Para acordar la resolución se requiere dar audiencia al contratista, previo informe del Servicio Jurídico correspondiente (salvo resolución por demora) y será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o del órgano equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva cuando haya oposición del contratista, conforme exige el artículo 211 de la citada norma.
- Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos, siendo recurribles en vía contencioso-administrativa.

5.2. Efectos de la declaración del concurso en los contratos privados

Según el artículo 67.2 de la Ley Concursal, los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a sus efectos y extinción, por lo establecido en esta Ley.

Si estamos en presencia de un contrato privado, los efectos que tiene la declaración del concurso sobre los mismos están regulados en los artículos 61 y siguientes de la Ley Concursal, como cualquier otro acreedor.

La regla general es que el concurso no afecta a la vigencia de los contratos ya celebrados, salvo superior interés del concurso. No obstante, la administración concursal, no la Administración Pública, podrá solicitar la resolución del contrato si lo estimara conveniente al interés del concurso.

Conforme al artículo 62.1 de la LC, la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso.

La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso. En este supuesto, el Juez tendrá facultades extraordinarias para la conservación del contrato. Por tanto, aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato.

Si por el contrario, el juez opta por la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento³³.

A modo de resumen, el contrato privado celebrado entre una Administración Pública y un contratista que entra en concurso se rige por los siguientes principios:

- Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento una vez declarado el concurso.
- Las prestaciones a las que esté obligado el concursado se harán con cargo a la masa.

³³ SÁNCHEZ GRAELLS, Efectos de la declaración del concurso, en SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (Coord.), *Fundamentos de Derecho Empresarial*, Tomo IV, Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 72-74.

- El concursado y, en su caso, la administración concursal podrán solicitar la resolución del contrato en interés del concurso. Si hay acuerdo entre las partes sobre la extinción y sus efectos, el juez del concurso dictará auto declarando la resolución; si no hubiera acuerdo el juez del concurso dictará sentencia acordando o no la resolución y las restituciones que procedan con cargo a la masa.
- Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la resolución automática del contrato por causa del concurso.
- Se podrá resolver por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes.
- La acción resolutoria se efectuará ante el juez del concurso
- El juez, aunque exista causa legal de resolución, puede decretar la continuación del contrato en interés del concurso.
- Excepcionalmente, se podrán resolver automáticamente los contratos por causa del concurso del contratista cuando una ley así lo prevea.

Tratándose de contratos de carácter privado, no plantea ningún problema asumir que la declaración de concurso del contratista de la Administración no ha de afectar por sí solo a su vigencia. Además, no existiendo un particular interés público subyacente al contrato de que se trate, no hay razón para que la posición de la Administración quede especialmente protegida frente a la de un contratante ordinario. No obstante, cuestión distinta será cuando el contratista tenga un derecho de crédito derivado de dicho contrato frente a la Administración contratante debido a la inembargabilidad de los bienes públicos. Si bien hay que matizar esta inembargabilidad con la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional, en relación con el artículo 154.2 de la Ley 29/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales (SSTC 166/1998³⁴, de 15 de julio, 201/1998, de 14 de octubre, y 228/1998, de 1 de diciembre³⁵), que señala que:

Serían embargables los bienes patrimoniales no afectados materialmente a un uso o servicio público. Tampoco serían embargables aquellos bienes y derechos cuyos rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de Julio de 1998 núm. 166/1988, Recurso de Amparo núm. 988/1987, Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas. Aranzadi, (RTC 1988/166)

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de Octubre de 1998 núm. 228/1998, Recurso de Amparo núm. 3938/1993, Ponente: Don Fernando García-Mon y González Regueral Aranzadi, (RTC 1998/228)

sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (Art. 30 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de la Administraciones Públicas, y 23 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).

6. ALTERNATIVAS A LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Frente a la resolución de los contratos administrativos en caso de concurso, en el TRLCSP se regulan la cesión y la subcontratación, como variantes a la resolución de los contratos.

6.1. La cesión del contrato y su relación con el concurso de acreedores

Dado el interés público que lleva consigo un contrato administrativo, no siempre la mejor solución en caso de concurso es la resolución del contrato, como se señalaba en el epígrafe anterior, en aras del principio de conservación del contrato administrativo.

Por tanto, la cesión del mismo puede resultar una opción más atractiva porque permite continuar con el mismo, si bien con otro actor, el cesionario, en los términos del artículo 226 TRLCSP, que establece, que los derechos y las obligaciones que se derivan de contrato podrán ser cedidos por la administración a un tercero.

La cesión del contrato por acto *inter vivos*, en caso de concurso del contratista, exige los siguientes requisitos:

- a) Nunca podrá haber cesión cuando las cualidades técnicas o personales del cedente hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.
- b) Acuerdo para la cesión entre el contratista y el cesionario, debiendo para ello tener en cuenta que si el contratista se encuentra en concurso debe ser aprobada esa cesión por la administración concursal, o firmarse exclusivamente con ella cuando las facultades de administración y disposición del patrimonio del concursado hayan sido suspendidas.
- c) Autorización expresa del órgano de contratación, que para dictarla deberá comprobar que el cesionario reúne los requisitos necesarios para contratar con la Administración y no estar incurso en ninguna prohibición de contratar.
- d) En caso de concurso la cesión exige menos requisitos: no podrá denegarse por el órgano de contratación cuando la ejecución por parte del cedente no llegue al 20 % o la explotación por parte del cedente si se trata de la prestación de un servicio público no ha cubierto la quinta parte, requisitos de cuantía que son requeridos en los demás supuestos de cesión.
- e) El acuerdo de cesión deberá formalizarse en escritura pública.

En conclusión, con el fin de garantizar en lo posible la continuidad del contrato y buscando causar el menor perjuicio posible al empresario y a la Administración, el TRLCSP en su artículo 226.2 permite la posibilidad de que el adjudicatario ceda los derechos y obligaciones derivados del contrato a un tercero aunque el primero se encuentre en concurso y se haya abierto la fase de liquidación, no operando por lo tanto la causa de resolución del contrato en este supuesto. Tampoco será aplicable la exigencia común de la cesión de los contratos de que se haya ejecutado al menos un 20 % del importe, o cuando se trate de la gestión de un servicio público que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. Esta posibilidad de cesión del contrato sin la exigencia del 20 % del importe de ejecución no operará en la fase en que sea el propio deudor o el resto de acreedores los que soliciten la declaración del concurso pues la ley exige en estos casos que el adjudicatario esté declarado en concurso incluso aunque se haya abierto la fase de liquidación.

En esta materia de cesión de contratos conviene traer a colación una sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 18 de abril de 2011, que en su FD segundo señala:

Luego de admitir la posibilidad de cesión de los contratos celebrados con la Administración, en concreto en su apartado tercero, establece, tal y como se recoge en la sentencia de instancia, que el cesionario se subroga en las obligaciones y derechos del cedente, lo cual no admite otra interpretación que lo expuesto, incidiendo en dicha consideración el hecho de que se hable de subrogación, pues con ello queda de manifiesto que lo operado es una sustitución del deudor, conformándose de esta manera una figura afín a la asunción de deuda de los artículos 1205 y 1206 del C. c.³⁶.

En definitiva, las modificaciones legales operadas en esta materia han suavizado los efectos que la declaración del concurso tiene sobre las relaciones contractuales con la Administración. No obstante, siguen sin resolverse algunas cuestiones tan importantes como el amplio margen del que dispone la Administración para, a su voluntad, proceder o no a la resolución del contrato, si no se ha iniciado la fase de liquidación, sin que se haya determinado por parte del legislador de manera clara que se entienda por garantía suficiente para garantizar la ejecución del contrato.

Son muchas las cuestiones aún por resolver si lo que se pretende es garantizar la continuidad de la actividad profesional y empresarial del concursado: 1) ¿Sería

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 18 de Abril de núm. 210/2011, Recurso de Apelación núm. 238/2011, Ponente: Ilmo. Sr. D. Cayetano Blasco Ramón, Aranzadi,(AC 2011/525).

suficiente con la aportación por parte del adjudicatario de un plan económico sobre la viabilidad de la ejecución del contrato?, 2) Por otro lado, en el caso de que la Administración decida resolver el contrato, dado que este acto debe contener un pronunciamiento expreso sobre la garantía y que solo se acordará la pérdida de la misma cuando el concurso haya sido declarado culpable, ¿Qué ocurre si en el momento de resolver el contrato todavía no ha recaído sentencia judicial calificando el concurso? y 3) ¿Cómo se concilia el derecho de presunción de inocencia del adjudicatario y el interés público que protege el sistema de garantías? Son cuestiones complejas, que desde luego no tienen fácil solución. En mi opinión, respecto de la primera pregunta será difícil que un contratista concursado pueda aportar nuevas garantías y en cualquier caso necesitará autorización del juez del concurso como establece la LC, por ello, se apunta como posible solución un plan de viabilidad que debería estar auditado por una firma solvente. Respecto a la segunda y tercera pregunta, es complicado conjugar el interés público (incautación de garantías) y la presunción de inocencia del contratista (no incautación mientras el concurso no se declare culpable), pero es una discusión más teórica que real, pues en la práctica la Administración no va a poder ejecutar las garantías hasta que transcurra un año desde la entrada en concurso o haya convenio o liquidación, por mandato de la LC.

6.2. Subcontratación y concurso

El artículo 227 TRLCSP aborda la subcontratación, al disponer que el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato lo prohíba o se deduzca del contrato, que la prestación debe ser ejecutada únicamente por el adjudicatario.

6.2.1. Subcontratación: ¿Una alternativa válida?

La pregunta que debemos hacernos es si en caso de concurso, la subcontratación nos permitiría continuar con el contrato administrativo o no. Los límites que establece este artículo respecto a la subcontratación, en síntesis, serían los siguientes:

- La subcontratación está permitida, salvo que expresamente, quede prohibida por los pliegos de condiciones o por el propio contrato.
- El contratista debe consignar que importe de contrato va ser subcontratado.
- El contratista debe responder ante la Administración contratante de la solvencia económica y técnica del subcontratista.

- El importe de la subcontratación no puede superar los límites del pliego de condiciones y si este no dice nada no podrá superar el 60 % del importe del contrato.
- La superación de los límites del apartado anterior o la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista puede significar una penalización del 50 % del contrato.
- El órgano de contratación puede imponer al adjudicatario la subcontratación de hasta el 50 % del contrato con terceros porque tenga una sustantividad propia y se pueda ejecutar de forma separada o se requiera una habilitación técnica o profesional determinada para su ejecución.
- Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa contra la Administración contratante.

Una vez declarado el concurso del contratista principal, la subcontratación no es una opción, a diferencia de la cesión del contrato, pues, como se ha señalado las condiciones de la subcontratación deben de estar definidas y perfiladas en el momento inicial, bien porque vienen impuestas por el pliego de condiciones, bien porque por mandato legal no pueden superarse determinados límites. En conclusión, el subcontratista no puede subrogarse en la posición del contratista, con motivo del concurso de este, y seguir ejecutando la obra o prestar el servicio que debía realizar el contratista principal.

6.2.2. Acción directa por el subcontratista

El artículo 227 TRLCSP ha sido modificado por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, por la que se aclara la aplicación del artículo 1597 del Código Civil a los contratos administrativos, en el sentido de prohibir el ejercicio de la acción directa que dicho artículo contempla.

El fundamento jurídico de la acción directa por el subcontratista se encuentra en el artículo 1597 del Código Civil, que establece que los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que este adeude a aquel cuando se hace la reclamación.

En el ámbito de los contratos administrativos, la oponibilidad de la acción directa por el subcontratista frente a la Administración contratante, dueña de la obra,

sobre la base del citado artículo 1597 del Código Civil ha sido una cuestión controvertida.

La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo venía reconociendo al subcontratista el ejercicio de la acción directa frente a la Administración dueña de la obra, aunque fuese administrativo el contrato. Esta situación cambia a partir de la Disposición final primera, seis de la Ley 24/2011, de 1 de agosto al incorporar un nuevo apartado 8 al artículo 210 de la Ley 30/2007, que establece que los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. Tampoco se aplicará a las Entidades Públicas Empresariales de carácter estatal y a los organismos asimilados dependientes de las restantes Administraciones Públicas.

Por lo tanto, solo habrá debate en cuanto a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 24/2011, después será pacífico: los subcontratistas no tendrán la acción directa. Para los contratos anteriores, el tema no está claro, aunque la postura de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es oponerse a las demandas que tengan su origen en contratos administrativos perfeccionados después de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de contratos del sector público.

Esta polémica de la acción directa tiene su importancia económica si la relacionamos con el concurso del contratista, independientemente de si se trata de un contrato privado o administrativo.

La figura de la acción directa chocaba de plano con el principio de la “*par conditio creditorum*” (igualdad de trato a los acreedores), consagrado por la LC, pues suponía que el subcontratista, que normalmente era titular de un crédito ordinario en el concurso del contratista, cobraba directamente del dueño de la obra (Administración o particular), cobrando por delante de los acreedores privilegiados y de los créditos contra la masa, detrayendo un derecho de cobro de la masa activa del concurso. En definitiva, que el concurso del contratista, podía afectarle en poco o en nada al subcontratista a diferencia de los demás acreedores, pudiendo cobrar directamente del dueño de la obra.

De forma paralela, y en sintonía con la LCSP en esta materia, se ha reformado la normativa concursal.

La Ley Concursal, en su redacción original, no hacía mención a la vigencia de la acción directa a partir del auto que declara el concurso y los juzgados de lo mercantil se han venido pronunciado de forma diversa, pero mayoritariamente ha prevalecido la tesis defendida por la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 2 de marzo de 2006³⁷, conforme a la cual la acción directa debía ceder frente al concurso del contratista, con el límite de las demandas promovidas antes del auto de declaración del concurso. Esto significaba que las demandas de los subcontratistas, interpuestas antes del auto se podrían cobrar directamente del dueño de la obra, los demás créditos de los subcontratistas serían créditos ordinarios, respetando el principio de la *par conditio creditorum*. Esta posición ha sido también apoyada por la Audiencia Provincial de Madrid, en Auto de fecha 19 de mayo de 2010. Una variante de la misma, es la sentencia de 23 de septiembre de 2010 de la Audiencia Provincial de Valladolid, que amplía el ámbito de la acción directa en caso de concurso del contratista a las reclamaciones extrajudiciales iniciadas con anterioridad al concurso, no solo a las demandas interpuestas³⁸.

Esta situación cambia al abordarse la reforma de la Ley Concursal mediante la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

Se añade un nuevo apartado 3 en el artículo 50, relativo a esta cuestión, en la que se establece que los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta la conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil.

Es interesante señalar, que en este artículo el reformador concursal sigue al pie de la letra la recomendación que se contenía en el Informe de 17 de febrero de 2011, del Consejo General del Poder Judicial que recomendaba que reflejara “de manera categórica que desde el inicio hasta la finalización del procedimiento concursal, ningún órgano judicial admitirá a trámite las demandas”

Esta reforma será aplicable, conforme al apartado primero de la Disposición transitoria primera, a los concursos que se declaren a partir del 1 de enero de 2012, esto

³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de Marzo de 2006 núm. 102/2006, Recurso núm. 682/2005, Ponente: Ilmo. Sr. D. Blas Alberto González Navarro, Aranzadi, (AC 2006/1594).

³⁸ SANZ BOSCH, F. J. “La acción directa y concurso de acreedores”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm. 15/2011, 2011, Págs. 283-292.

es que el subcontratista no podrá promover la acción directa frente a la Administración contratante, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011.

Como corolario de lo anterior cabe preguntarse, qué ocurre cuando el subcontratista ha promovido la acción directa ante la Administración contratante y antes de obtener satisfacción de su crédito el contratista entra en concurso y en concreto qué debe hacer la Administración contratante cuando recibe una orden de embargo de una certificación de obra derivada de la acción directa estando en concurso el contratista.

Por un lado el artículo 216.7 TRLCSP señala que sin perjuicio de lo establecido en las normas tributarias y de la Seguridad Social, los abonos a cuenta que procedan por la ejecución del contrato, solo podrán ser embargados en los siguientes supuestos:

- a. Para el pago de los salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de los mismos.
- b. Para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista, con los subcontratistas y suministradores referidas a la ejecución del contrato.

Pero este mandato se dirige no al órgano de contratación, sino que se dirige al órgano administrativo o judicial que debe efectuar el embargo.

Asimismo, la Ley Concursal distingue entre deudas concursales y deudas contra la masa. Si estamos en presencia de deudas concursales, el artículo 55 establece que declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

Por ello, a partir del 1 de enero de 2012 los embargos derivados del artículo 1597 del Código Civil quedarán suspendidos; los anteriores a esa fecha, estando en concurso el contratista, la Administración contratante deberá obrar conforme al criterio establecido por el juez del concurso, el cual se pronunciará sobre el carácter necesario o no de la certificación de obra para la continuidad de la concursada y, en función de este, si el juez entiende que la certificación es necesaria entonces no se podrá ejecutar el embargo y la Administración deberá ingresar el importe de la certificación en la masa activa del concurso (siendo esta la postura mayoritaria hasta ahora entre los jueces de lo mercantil). En caso contrario, la Administración contratante deberá ingresar la certificación objeto de embargo en la cuenta del juzgado embargante, con

independencia de los criterios de prelación de créditos de la Ley Concursal. Pero como se indica, esto no será posible después de la última reforma legal.

Tratamiento distinto recibirán las deudas contra la masa, es decir, aquellas que nacen después del auto que declara el concurso. A ellas se refiere el artículo 84.4 de la Ley Concursal, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que viene a confirmar que el subcontratista que quiera cobrar sus créditos originados después del auto que declare el concurso del contratista, podrá iniciar un procedimiento judicial para su cobro cuando se de alguna de estas tres situaciones:

- a. Haya transcurrido un año desde el auto sin que se haya aprobado un convenio o acordado la apertura de la fase de liquidación.
- b. Se haya aprobado convenio.
- c. Se haya abierto la liquidación.

Como se observa, para el cobro de las deudas contra la masa no hay tantas restricciones, el juez del concurso no tiene que pronunciarse sobre si el bien o derecho embargado es necesario para continuar la actividad, se exigen unos requisitos temporales (un año) o alternativamente que se haya entrado en otra fase del concurso: convenio o liquidación, para poder iniciar procedimientos judiciales contra el patrimonio del deudor contratista.

7. LOS CRÉDITOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEL CONTRATISTA DENTRO DEL CONCURSO

La Administración Pública puede resultar acreedora en el proceso concursal del contratista por las indemnizaciones exigibles por incumplimientos del contratista o por resolución del contrato. Lo ideal para la Administración contratante sería hacer efectivo ese crédito con cargo a las garantías constituidas, al margen del concurso. Analicemos con detenimiento estos créditos.

7.1. Créditos contra la masa

Serán créditos contra la masa aquellos que nazcan después del auto declarativo del concurso, por ello, dará lo mismo que procedan de contratos administrativos o de contratos privados. Con este criterio serán créditos contra la masa:

- La indemnización por daños y perjuicios tenga su origen en una causa de resolución que se produzca posteriormente al concurso.
- La indemnización por daños y perjuicios si la resolución del contrato viene determinada por el concurso del contratista.
- Los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso.

Los créditos contra la masa tienen prioridad para el cobro y menos requisitos formales para su comunicación al proceso concursal que los créditos concursales, pues mientras estos deben de comunicarse en el plazo de un mes desde la publicación del auto en el BOE (artículos 85 y 21.1.5 de la LC) aquellos se podrán comunicar, una vez liquidados, en cualquier momento.

Si la indemnización tiene su origen en la resolución del contrato por concurso del contratista, solo será posible la incautación de las garantías, en virtud del artículo 225.4 TRLCSP, cuando el concurso sea calificado como culpable mediante sentencia del juez en la sección de calificación. La sección de calificación solo se abre cuando se aprueba el convenio con una quita superior a un tercio de los créditos ordinarios o una espera superior a tres años, o bien cuando se decreta la liquidación por el juez.

En el caso de que el concurso se declare fortuito o ni siquiera se abra la sección de calificación (cuando se apruebe convenio con una quita inferior a un tercio y una

espera inferior a tres años) no será posible la incautación de las garantías, y la indemnización de daños y perjuicios derivada de la resolución del contrato por el concurso del contratista tendrá que reclamarse del procedimiento concursal, no con cargo a las garantías, sino como cualquier crédito contra masa deberá exigirse a su vencimiento al juez del concurso. Vázquez Lépinette³⁹ considera en cambio, que dicha indemnización por daños y perjuicios por resolución del concurso es deuda concursal, por entender que no ha habido una actuación del deudor posterior a la declaración del concurso que determine el nacimiento de tal indemnización.

7.2. Créditos concursales

Pero si la resolución del contrato tiene por causa un incumplimiento del contratista anterior a la fecha del concurso, como ya se ha señalado en apartados anteriores, en concordancia con la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y este incumplimiento es calificado de culpable, según establece el artículo 225.3 TRLCSP, la indemnización se hará efectiva con cargo a la garantía constituida y en su defecto con cargo al patrimonio del contratista, de forma que si este está en concurso, habrá que reclamarlo dentro del mismo. En este contexto, es importante no confundir incumplimiento culpable del contratista (artículo 225.3) con concurso culpable del contratista (artículo 225.4), si bien las consecuencias son las mismas, la pérdida de la garantía.

Cuando haya que ejecutar la garantía no será lo mismo que la misma recaiga sobre bienes del contratista o que sea prestada por un tercero. Si la garantía es ofrecida por un tercero, no habrá ningún obstáculo legal para ejecutarla, aunque el contratista se encuentre en concurso. El problema aparece cuando la garantía está constituida sobre bienes del contratista concursado, porque esta situación queda regulada en los artículos 56 y 57 de la LC, que suponen la paralización de ejecuciones de garantías reales una vez iniciado el concurso y solamente se permite su inicio o reanudación cuando se den determinados requisitos (aprobación de convenio o transcurra un año desde la declaración del concurso) siendo competente para su tramitación el juez del concurso⁴⁰. Por ello, será ineludible que la Administración reclame su crédito dentro del concurso.

³⁹ VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Administraciones públicas y Derecho concursal*, La Ley, Madrid, 2006, Pág. 135.

⁴⁰ VÁZQUEZ LEPINETTE, T. “Los efectos del concurso sobre los contratos administrativos a la luz del Real Decreto-Ley 6/2010”, *Anuario de Derecho Concursal* n° 22, 2011, Págs. 315-334.

Dentro del concurso, habría que analizar la clasificación de los créditos concursales que, como hemos visto, pueden estar garantizados o no:

- Será crédito con privilegio especial, si está afianzado con una garantía real que recaiga sobre bienes del contratista concursado, conforme al artículo 90 de la Ley Concursal.
- Si el crédito tiene su origen en un contrato administrativo estaremos en presencia de un crédito público teniendo en cuenta el segundo párrafo del artículo 5.2 de la Ley General Presupuestaria: “Son derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas”. Este crédito se calificará como privilegio general en un 50% y el otro 50 % será crédito ordinario, según el artículo 91.4º de la Ley Concursal, al tratarse de un crédito público.
- Si el crédito procede de un contrato privado, será íntegramente ordinario.
- Los créditos por intereses y sanciones serán, en todo caso, subordinados.

Los créditos concursales deberán reclamarse dentro del concurso y están sometidos, en cuanto a su exigencia a la LC.

8. CONCLUSIONES

1.- Para poder contratar con el sector público es necesario, entre otros, no estar en concurso de acreedores y estar al corriente de pago de sus obligaciones tributarias y de las cuotas de la Tesorería General de la Seguridad Social. Son dos causas que inhabilitan para contratar. El fin es claro, el concurso o las dificultades financieras pondrían en peligro el cumplimiento propio del contrato.

2.- En los contratos administrativos la declaración del concurso del contratista o la declaración de insolvencia por otro procedimiento, no conlleva automáticamente la resolución del contrato, porque la Administración en aras del interés general, puede continuar con el contrato si el empresario presta garantía suficiente, a juicio de ésta, para su ejecución. Ahora bien, esta causa de resolución será obligada en los casos en que se haya producido la apertura de la fase de liquidación. Además, si se produce la resolución del contrato, hay que tener en cuenta que el acuerdo de resolución debe contener un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida, y precisa que en caso de resolución del contrato por concurso del contratista sólo se acordará la pérdida de la garantía cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.

3.-Una alternativa a la resolución del contrato por el concurso del contratista podría ser la cesión del contrato, aunque exigiría que el órgano de contratación lo autorice, que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración, que tenga la solvencia técnica y financiera exigible en la adjudicación y que el cesionario quede subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondan al cedente.

4.-Cuando estemos en presencia de un contrato privado celebrado por una Administración Pública, los efectos de la declaración del concurso de acreedores del contratista, vendrán determinados por la Ley Concursal, equiparando Administración Pública a cualquier agente del sector privado, sin gozar de ningún privilegio. Será el juez del concurso el que tiene la potestad para decidir que se mantenga la vigencia del contrato, siempre en interés del concurso, pero estará obligado a resolver el contrato cuando estén de acuerdo la administración concursal, el contratista concursado y la Administración contratante.

5.-El poder de la Administración Pública para resolver los contratos administrativos por mor del concurso es mayor que el del juez del concurso en los contratos privados, la una lo hará por el interés general al que sirve, el otro por el interés del concurso.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ALMOGUERA GARCÍA, J., “Las crisis empresariales. La solicitud y la declaración del concurso”, en SEBASTIÁN QUETGLAS, R. (Coord.), *Fundamentos de Derecho Empresarial*, Tomo IV, Aranzadi, Navarra, 2012, Págs. 17-44
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, LEX NOVA, Madrid, 2011., Págs. 89-92.
- CARLON, M. “Contratos con las Administraciones Públicas”, en ROJO, A. (Dir.) y BELTRÁN, E., (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Civitas Ediciones, S.L., Págs. 1241-1254
- Del GUAYO CASTIELLA, I., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La ley, Madrid, 2011, Págs. 31-61,67-178
- FERNÁNDEZ TORRES, I. “Algunas consideraciones en torno a los efectos del concurso sobre los contratos del sector público”, *Revista Española de Dº Administrativo nª 143*, 2009, Págs. 493-528.
- LINARES GIL, M.I. “Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el Real Decreto-Ley 6/2010”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nª 14*, 2011,Págs. 193-204.
- MARTINEZ VAZQUEZ, F., “Los contratos del sector público”, en A.A.V.V., *Derecho Administrativo III*, , Dykinson, S.L., Madrid, 2011, Págs. 54-62.
- ORDIZ FUERTES, M.C. “Contratación de las Administraciones Públicas y el concurso” ponencia en el Curso de Derecho Concursal, Ministerio de Justicia, 2011.

- SANCHEZ GRAELLS, A. “Efectos de la declaración de concurso”, en Fundamentos de Derecho Empresarial, Tomo IV, 2012., Págs. 45-62.
- SANZ BOSCH, F.J. “La acción directa y concurso de acreedores”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal núm. 15/2011. Págs. 283-292.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, T. “Los efectos del concurso sobre los contratos administrativos a la luz del Real Decreto-Ley 6/2010”, *Anuario de Derecho Concursal n° 22*, 2011, Págs. 315-334.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Administraciones públicas y Derecho concursal*, La Ley, Madrid, 2006, Pág. 123-164.
- LEGISLACIÓN
- 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 16/11/2011
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, BOE» núm. 164, de 10/07/2003.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 1984 núm. 4916/1984, Ponente: Excmo. Sr. Vicente Marín Ruiz, Aranzadi, (RJ 1984/4916).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 30 de Abril de 2013 núm. 758/2013, Recurso de Suplicación núm. 55/2013, Ponente: Illma. Sra. M^a Jesús García Hernández, Aranzadi (AS 2013,2858).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Febrero de 1990 núm.1430/1990, Ponente: Excmo. Sr. Antonio Bruguera Manté, Aranzadi, (RJ 1990/1430)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Abril de 1986 núm. 2044/1986, Ponente: Excmo. Sr. Matías Malpica González-Elípe, Aranzadi, (RJ 1986/2044).
- Sentencia de Tribunal Supremo de 29 de Diciembre de 1986 núm. 1676/1987, Ponente: Excmo. Sr. Antonio Bruguera Manté Aranzadi, (RJ 1987/1676).

- Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 2 de Noviembre de 2010, Auto núm. 117/2010, Recurso de Apelación 466/2009, Ponente: Ilmo. Sr. D Alfonso Santisteban Ruiz, Aranzadi, (AC 2010/2293).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Septiembre de 1997 , Recurso de Apelación núm. 4/1997, Ponente: Excmo. Sr. Juan Manual Sanz Bayón, Aranzadi, (RJ 1997/7320).
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de diciembre de 2011, Auto núm. 247/2011, Recurso de Apelación núm. 359/2011, Ponente: Ilmo. Sr. D Modesto de Bustos Gómez-Rico, Aranzadi, (JUR 2012/51964).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de Julio de 1998 núm. 166/1988, Recurso de Amparo núm. 988/1987, Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas, Aranzadi, (RTC 1988/166).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de Octubre de 1998 núm. 228/1998, Recurso de Amparo núm. 3938/1993, Ponente: Don Fernando García-Mon y González Regueral, Aranzadi, (RTC 1998/228).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 18 de abril de 2011 núm. 2010/2011 , Recurso de Apelación 238/2011, Ponente: Ilmo. Sr. D. Cayetano Blasco Ramón, Aranzadi, (AC 2011/525).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de Marzo de 2006 núm. 102/2006, Recurso núm. 682/2005, Ponente: Ilmo. Sr. D. Blas Alberto González Navarro, Aranzadi, (AC 2006/1594).

RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Resolución de 23 de diciembre de 2010. Recurso nº 045/2010, Resolución nº 033/2010.
Disponible en: www.minhap.gob.es.

DICTÁMENES

- Dictamen del Consejo de Estado núm. 501/2000, Resolución de contrato de obras, Medio Ambiente, Fecha de aprobación 13/04/2000. Consultado en: www.boe.es.

- Dictamen del Consejo de Estado núm. 527/2000, Resolución contrato Cocinas y Contenedores para Suboficiales Cabos 1º Marinería y Personal Civil de la Base Naval de ROTA, Defensa, Fecha de aprobación 27/04/2000, Consultado en: www.boe.es.
- Dictamen del Consejo de Estado núm. 37/2001, Expediente de caducidad de las concesiones...en la zona de servicio del puerto de Bilbao, Fomento, Fecha de aprobación 1/03/2001, Consultado en: www.boe.es.
- Dictamen del Consejo de Estado núm. 2230/2004, Expediente relativo a resolución de contrato de transporte escolar , Principado de Asturias, Fecha de aprobación 14/10/2004, Consultado en: www.boe.es.
- Dictamen del Consejo de Estado núm. 144/2008, Resolución del contrato de las obras complementarias de rehabilitación del Castillo de La Luz , Vivienda, Fecha de aprobación 13/03/2008, Consultado en: www.boe.es.

DOCUMENTOS EN LÍNEA

- Intervención General de la Administración General del Estado, Ejecución presupuestaria, Consultado en: <http://www.igae.pap.minhap.gob.es/sitios/igae/es-ES/EjecucionPresupuestaria/Paginas/EjecucionPresupuestaria.aspx>
- Datos obtenidos de estadísticas oficiales realizadas por el Instituto Nacional de Estadística, Disponible en: www.ine.es.