

CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y CONCURSO

M^a de la Concepción Ordiz Fuertes
Abogado del Estado, unidad de apoyo de la Subdirección
General de los Servicios Contenciosos
Vocal de la Comisión General de Codificación, Sección
especial para la reforma concursal

I. Consideraciones generales: la posición de la Administración Pública como contratista ante el concurso tras las reformas en materia concursal y de contratación administrativa

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal -en adelante LC- y su aplicación a lo largo de estos años han supuesto una profunda transformación del derecho concursal español y de la posición que hasta entonces se había mantenido por las Administraciones Públicas ante los procedimientos de insolvencia ya no sólo como acreedoras ante los mismos.

Las razones para ello son varias: la reducción de los privilegios, de forma que por primera vez en la historia del derecho concursal español, una parte del crédito de la Hacienda Pública dejaba de ser privilegiado, siendo disponible por el convenio que apruebe la voluntad mayoritaria de los acreedores concurrentes; el reforzamiento de la fuerza atractiva del proceso concursal, dirigido por el juez del concurso con amplias competencias, en detrimento de las propiamente administrativas, que han exigido, al menos, que el ejercicio de éstas tuviese en cuenta la existencia y efectos del concurso respecto del concursado; y, en particular, el incremento exponencial que ha experimentado el número de concursos solicitados en los últimos años y la difícil conclusión de los que se encuentran en tramitación.

A efectos de este trabajo y como consecuencias a destacar de lo anterior, la *vis atractiva* del proceso concursal y el número de empresas afectadas, han incidido, además, en el ejercicio por las Administraciones Públicas de las competencias que legalmente les han sido atribuidas, pues quienes con ocasión del mismo han de tener en cuenta la existencia y estado de tramitación del proceso concursal, aunque tradicionalmente lo hayan hecho con independencia y al margen del concurso, en particular, nos estamos refiriendo a la contratación administrativa, el régimen de concesión y reintegro de ayudas y subvenciones o la gestión del patrimonio de las Administraciones Públicas.

El objetivo de este estudio es analizar la interacción entre contratación administrativa y concurso, estructurando

nuestra exposición en torno a las tres clásicas posiciones que la Administración Pública puede adoptar en éste: acreedoras, deudoras y fundamentalmente como titulares de competencias administrativas que han de ejercitar constante concurso.

II. El ejercicio de competencias administrativas en materia de contratación constante concurso

La aplicación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal se ha realizado de forma concurrente con la especial en materia de contratación del sector público, la cual, vigente la Ley Concursal, ha sido objeto de dos importantes reformas, podríamos decir globales, como son las que han sido llevadas a cabo por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 y la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, actualmente sustituida por el 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.

Las modificaciones en materia de contratación administrativa, aún las que tienen como causa la declaración de concurso del licitador o contratista, esto es, las que la han adaptado al procedimiento concursal, como es el caso de la llevada a cabo por el Real Decreto-ley 6/2010, no han trascendido - en el sentido de tener reflejo - en la Ley Concursal. Nos encontramos, pues, ante una situación parecida a la vivida con la reforma de nuestro sistema fiscal llevada a cabo por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; es decir, dos legislaciones consideradas especiales, concursal y contratación administrativa, que regulan realidades muy próximas sin aparentemente conexión entre ellas, con la importante diferencia de que dicha coexistencia - a diferencia de la concurrencia entre legislación concursal y tributaria -podría definirse como pacífica a la luz de las escasas controversias suscitadas, al menos, hasta la fecha.

La Ley Concursal contenía inicialmente sólo dos referencias concretas a la legislación de contratos con las Administraciones Públicas: los artículos 67 y la Disposición final decimotercera¹.

¹ El artículo 67 que declaraba:

“Artículo 67. Contratos con Administraciones públicas.

1. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial.

2. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán en cuanto a sus efectos y extinción, por lo establecido en esta Ley.”

Por su parte, la Disposición final decimotercera señalaba que:

Una simple lectura de dichos preceptos permitía afirmar que la Ley Concursal en materia de contratos celebrados por una Administración Pública procedía primero a diferenciar entre contratos administrativos y contratos privados para, a continuación, someter sólo a éstos y, además, en parte, en lo atinente a la ejecución y extinción, al régimen concursal, mientras que se remitía a la legislación sectorial para la preparación y la adjudicación de los contratos privados así como para la completa regulación de los contratos administrativos.

Una segunda reflexión nos conduce a afirmar que la Ley Concursal influyó en la adaptación de la legislación en materia de contratos a la nueva denominación y estructura del proceso concursal, en particular, en lo relativo a las causas de prohibición para contratar y la resolución del contrato como consecuencia de la declaración del concurso.

A fecha de hoy, las valoraciones anteriores conservan su vigencia, pues la legislación concursal continúa remitiéndose a la normativa en materia de contratación administrativa, a la que considera legislación especial, para ordenar el impacto del concurso en los contratos administrativos y en la preparación y adjudicación de contratos privados.

Legislación en materia de contratación que actualmente se contiene en el 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 - en adelante RDL

Disposición final decimotercera. Reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCL 2000, 1380, 2126)

El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, queda modificado en los términos siguientes:

1. El párrafo «b» del artículo 20 queda redactado de la forma siguiente:

«b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso».

2. El párrafo «b» del artículo 111 queda redactado de la forma siguiente:

«b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento».

3. Los apartados 2 y 7 del artículo 112 quedan redactados, respectivamente, de la forma siguiente:

«2. La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación originarán siempre la resolución del contrato.

En los restantes casos de resolución de contrato el derecho para ejercitarla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7 y de que en los supuestos de modificaciones en más del 20 por 100 previstos en los artículos 149, párrafo e); 192, párrafo c), y 214, párrafo c), la Administración también pueda instar la resolución».

7. En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución».

3/2011 -. Texto que en tanto no se desarrolle reglamentariamente en los términos que establece su Disposición final sexta y no sea incompatible, continuará siendo aplicado conjuntamente con el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo y el Real Decreto 1089/2001, de 12 de octubre.

Fijadas las bases reguladoras es preciso comenzar la exposición del tema analizando las categorías contractuales, que la Ley Concursal considera como básicas para analizar el impacto de la declaración de concurso en las mismas: contratos administrativos y contratos privados. Categorías éstas que han constituido la base para la construcción del Derecho Administrativo español en materia de contratos, precisamente hasta que ha entrado en vigor la Ley 30/2007, de 30 de octubre, actualmente sustituida por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público².

Frente a la línea seguida por el legislador en materia de contratos celebrados por el sector público, el legislador concursal continúa aplicando las categorías tradicionales de contrato administrativo y contrato privado, que se definen en los artículos 19 y 20 del RDL 3/2011.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 19 del RDL 3/2011 son contratos administrativos los siguientes:

1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

a) Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en

² La Ley 30/2007 tiene su origen en la necesaria transposición al Derecho interno de las Directivas Comunitarias en materia de contratación administrativa – 17/2004, 18/2004 y 266/2007 -, las cuales se inspiran claramente en el derecho anglosajón y no en el continental, del cual el nuestro forma parte. Como consecuencia de ello, si bien la Ley 30/2007 continúa definiendo y aludiendo a las categorías tradicionales, contrato administrativo y contrato privado, lo cierto es que su grado de aplicación, más correctamente la intensidad con la que la propia Ley se aplica a las entidades públicas sujetas a la misma depende de la concreta tipología de éstas – enumeradas a efectos de aplicación de la Ley 30/2007 en el artículo 3 de ésta - y, además, de que el contrato pertenezca a la categoría de “sujeto a regulación armonizada”. Categoría que se introduce por primera vez en nuestro derecho por la Ley 30/2007, que lo delimita con carácter general en su artículo 13, sin perjuicio de que, además, a continuación en los artículos 14 a 17 de la LCSP se especifiquen sus requisitos para cada uno de los contratos administrativos típicos.

la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo.

b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa 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 específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.

2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

En cuanto a las equivalencias, se produce una delimitación de los contratos administrativos, con base en un criterio puramente subjetivo: ser celebrados por una Administración Pública - concepto interpretado de forma auténtica por el artículo 3 del RDL 3/2011-. Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privados son siempre administrativos. En los contratos administrativos de naturaleza especial, tal calificación por razón de la vinculación al giro o tráfico administrativo o por satisfacerse con ellos finalidades públicas de competencia de la Administración queda sujeta a que dicho contrato no tenga expresamente atribuido el carácter de contrato privado conforme al párrafo segundo del artículo 20 del RDL 3/2011.

La definición y régimen jurídico de los contratos privados se delimita en el artículo 20 del RDL 3/2011:

1. Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de

datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior.

2. Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

A la vista de dicho precepto resulta que para la delimitación de los contratos privados se combina tanto el criterio subjetivo, esto es, no ser celebrados por una Administración Pública y el objetivo: contratos de las categorías 6 y 26 del Anexo II LCSP y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como los que no puedan calificarse como contratos administrativos.

La conjunción de los artículos 19 y 20 del RDL 3/2011 nos permite concluir que no existe contradicción entre el régimen jurídico que dicha Ley establece para los contratos suscritos por el sector público y el que la Ley Concursal establece en su artículo 67, conforme al cual:

- Los contratos privados se someterán a la legislación administrativa en lo relativo a su preparación y adjudicación, mientras que sus efectos y extinción tras la declaración de concurso del contratista se someterán a lo establecido en la Ley Concursal, en particular, a lo dispuesto en sus artículos 61 y siguientes.

Las consecuencias de lo anterior son que los contratos privados se prepararán y adjudicarán debiendo reunir el licitador "capacidad para contratar con el sector público", mientras que sus efectos y extinción se regirán por la Ley Concursal, de forma que, a modo de ejemplo: no podrán introducirse cláusulas que impongan la resolución por la declaración de concurso y la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas deberá someterse a las reglas de los artículos 61 a 63 de la LC. A modo de ejemplo, pese a concurrir causa para su resolución y ser instada ésta, el juez puede mantener su ejecución atendido el "interés del concurso".

- Los contratos administrativos se prepararán, se adjudicarán y sus efectos y su extinción se determinarán por lo establecido en la legislación administrativa a la que hemos hecho referencia.

En consonancia con lo anterior, el juez del concurso carece de jurisdicción para pronunciarse sobre aspectos que afecten a los actos preparatorios, de ejecución o extinción de un contrato administrativo, al corresponder dicha competencia a la Administración contratante y su revisión vía recurso administrativo - siendo aplicable el recurso especial en materia de contratación - y, a continuación, en sede jurisdiccional ante el orden contencioso-administrativo.

Como muestra de la coherencia entre la solución concursal que contiene el artículo 67 y la legislación administrativa en materia de contratación, el artículo 21 del RDL 3/2011 señala que:

1. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 así como de los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros que pretendan concertar entes, organismos o entidades que, sin ser Administraciones Públicas, tengan la condición de poderes adjudicadores. También conocerá de los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos de resolución de recursos previstos en el artículo 311 de esta Ley.

2. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada.

1. La declaración de concurso del contratista que concurre a un procedimiento para la adjudicación de un contrato del sector público.

Llegados a este punto analizaremos el impacto de la declaración de concurso en el régimen de preparación y adjudicación de contratos que se contempla en el Real Decreto legislativo 3/2011, el cual resulta de aplicación tanto a los contratos administrativos como a los contratos privados.

La declaración de concurso, en sentido más amplio, la situación de insolvencia determina la pérdida de la aptitud para contratar con el sector público.

En efecto, el artículo 54 del RDL 3/2011 en su apartado primero comienza señalando que:

"Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas."

Por lo tanto, para poder contratar con el sector público es indispensable tener plena capacidad de obrar y acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional. En consecuencia, el concursado que tuviese de forma inicial o sobrevenida suspendidas sus facultades - no meramente intervenidas-, carecería de capacidad para contratar.

La exigencia de solvencia, en particular, la solvencia económica y financiera debe acreditarse por el licitador reuniendo las condiciones mínimas que determine el órgano de contratación conforme dispone el artículo 62 del RDL 3/2011. Dichas condiciones se fijan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y son seleccionadas de entre las que se relacionan en el artículo 75 del RDL 3/2011³.

³ El artículo 75 del RDL 3/2011 establece:

1. La solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:

a) Declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.

b) Las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil o en el Registro oficial que corresponda. Los empresarios no obligados a presentar las cuentas en Registros oficiales podrán aportar, como medio alternativo de acreditación, los libros de contabilidad debidamente legalizados.

c) Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.

2. Si, por una razón justificada, el empresario no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación.

Puede suscitarse la duda sobre si a efectos de acreditar la solvencia económica o financiera el licitador puede acudir a otra entidad, aplicando lo dispuesto en el artículo 63 del RDL 3/2011, conforme al cual para acreditar la solvencia, el empresario podrá integrar su solvencia con medios externos, esto es, basándose en la solvencia o medios de otras entidades.

En principio, la respuesta debiera ser afirmativa ante el tenor del precepto que no discrimina en orden a limitar la posibilidad de integrar su solvencia acudiendo a medios externos a un determinado tipo de solvencia como pudiera ser la profesional o la técnica. Sin embargo, a nuestro juicio, dicha integración tendría como límite la falta de solvencia económica, que sólo muy excepcionalmente podría suplirse, acudiendo a medios externos cuando éstos permitiesen dejar sin efecto la situación de falta de solvencia de la licitadora. A modo de ejemplo, podría integrarse la solvencia económica, cuando ésta se exija mediante la declaración apropiada de entidad financiera, aportando la declaración de otra entidad pero no cuando ésta deba ser acreditada a través de cuentas anuales.

El concursado que reúne capacidad de obrar y solvencia suficiente sólo podrá contratar con el sector público, cuando, además, no se encuentre incurso en una prohibición para contratar.

Las prohibiciones para contratar se enumeran en el artículo 60 del RDL 3/2011⁴.

⁴ El artículo 60 del RDL 3/2011 establece que:

1. No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas, o en las que concurran las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo.

b) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio (RCL 2003, 1748), Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o por infracción muy grave en materia social,

incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (RCL 2000, 1804, 2136) , así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del mismo, o por infracción muy grave en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero (RCL 2008, 204) , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos; en la Ley 22/1988, de 28 de julio (RCL 1988, 1642) , de Costas; en la Ley 4/1989, de 27 de marzo (RCL 1989, 660) , de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres; en la Ley 11/1997, de 24 de abril (RCL 1997, 1007) , de Envases y Residuos de Envases; en la Ley 10/1998, de 21 de abril (RCL 1998, 1028) , de Residuos; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (RCL 2001, 1824, 2906) , y en la Ley 16/2002, de 1 de julio (RCL 2002, 1664) , de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

d) 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.

e) Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 130.1.c) o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 59.4 y en el artículo 305.

f) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier Administración Pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal.

g) Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el incumplimiento a que se refiere el artículo 18.6 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos años siguientes a la fecha de cese en el mismo. La prohibición de contratar se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como alto cargo.

2. Además de las previstas en el apartado anterior, son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las Administraciones Públicas las siguientes:

a) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una Administración Pública.

b) Haber infringido una prohibición para contratar con cualquiera de las Administraciones públicas.

c) Estar afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa, con arreglo a lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, o en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

d) Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el artículo 135.2 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.

e) Haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 102, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave de conformidad con las disposiciones de desarrollo de esta Ley, y concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario.

3. Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas.

A efectos de la declaración de concurso resultan relevantes las que se contienen en la letra b del apartado primero del artículo 60 del RDL 3/2011⁵, el cual incorpora la modificación introducida en la Ley 30/2007 por el Real Decreto-ley 6/2010, ponderando lo dispuesto en el artículo 45.2 de la Directiva 2004/18.

Un análisis detenido de cada una de las causas que se contienen en dicha letra nos lleva a las siguientes conclusiones en orden a apreciar la existencia de una prohibición para contratar:

- Haber solicitado la declaración de concurso, supone que la prohibición se aplique desde la presentación de la solicitud de concurso voluntario, por lo tanto antes de que ésta haya sido admitida a trámite.

Es irrelevante a efectos de aplicar la prohibición que el deudor haya presentado la comunicación del artículo 5bis de la LC o iniciado negociaciones tendentes a alcanzar un acuerdo con sus acreedores del artículo 71.6 de la LC o, en general, un acuerdo de refinanciación que pueda no tener el "escudo protector" del artículo 71.6 de la LC. La razón se encuentra en que en cada una de las situaciones expuestas el deudor no ha solicitado el concurso, ítem más, es posible que al utilizar dichos mecanismos remueva, deje sin efecto la situación de insolvencia y no llegue a encontrarse obligado a presentar la solicitud de concurso.

En este sentido resulta de interés apuntar el impacto de la reforma que lleva a cabo la Ley 38/2011, en materia concursal, pues haciéndose eco de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de junio de 2010, consolida el criterio de que la comunicación del artículo 5 bis de la LC - antiguo artículo 5.3 de la LC - no impone al deudor el deber de instar el concurso, si durante el plazo señalado en dicho precepto para solicitarlo, el deudor dejase de encontrarse en situación de insolvencia. Ítem más, tras la reforma el deudor no se verá obligado para invocar la aplicación del artículo 5 bis a acreditar su situación de insolvencia actual.

⁵ Bien es cierto que no podemos dejarnos de mencionar la existencia de algunos pronunciamientos judiciales en la instancia que al enfocar la prohibición de contratar relacionada con el concurso y la expedición de certificación de encontrarse al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y de seguridad social, llegaron a cuestionar la competencia administrativa para expedir dichas certificaciones, una vez declarado el concurso; el argumento invocado para ello era la continuidad de la actividad de la concursada y el perjuicio que para la misma podía suponer la imposibilidad de concurrir a licitaciones para la adjudicación de un contrato administrativo. La resolución favorable al criterio defendido por la Administración Pública evitó el consiguiente conflicto de jurisdicción.

- Hallarse declarado en concurso, salvo que en el mismo hubiese alcanzado eficacia un convenio.

La redacción de esta prohibición había sido modificada por el Real Decreto-ley 6/2010, con la finalidad de que cuando el concurso sea solicitado por un acreedor - concurso necesario -, la mera solicitud no active su aplicación, siendo para ello preciso la declaración de concurso.

Igualmente, se contempla el cese de efectos de la prohibición cuando en el concurso se apruebe judicialmente un convenio, momento en el que el convenio despliega sus efectos, con base en el artículo 133 de la LC y cesan los derivados de la declaración de concurso. En consecuencia, no será suficiente la aprobación del convenio por los acreedores siendo necesaria la realizada por el juez del concurso, previo pronunciarse, en su caso, sobre la oposición manifestada por los acreedores legitimados.

Por otra parte, el recurso de apelación promovido frente a la sentencia judicial que aprueba el convenio no suspende el efecto de éste consistente en el cese de eficacia de la prohibición para contratar. La razón se encuentra a nuestro juicio en la eficacia devolutiva del recurso de apelación en sede concursal. Obviamente la consideración anterior requiere un matiz: que el juez acuerde con base en el artículo 197 de la LC la suspensión de la eficacia del convenio.

- Haber sido inhabilitado conforme a la Ley Concursal sin haberse alcanzado el período previsto en la sentencia.

Se alude así a uno de los efectos posibles de la sentencia derivada de la calificación del concurso como culpable, consistente en la inhabilitación de los administradores sociales en los términos y con la extensión que prevé el artículo 172.2 de la LC.

A tales efectos conviene ponderar que uno de los aspectos en los que incide la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011 - artículo 172.2. 2º de la LC en su nueva redacción - es precisamente el de permitir que en caso de convenio, la sentencia de calificación pueda autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada. Pues bien, entendemos que la sentencia que en tal sentido se pronuncie carece de eficacia para dejar sin efecto la prohibición para contratar, al no haberse modificado la redacción del artículo 60 del RDL 3/2011 a diferencia de la redacción del artículo 13 del Código de Comercio. Esto es, en la medida en la que el sujeto se encuentre inhabilitado, como tal se

encontrará afectado por la prohibición para contratar y ello con independencia de que por disponerlo así la sentencia pueda mantenerse al frente de la compañía o actuar como administrador de ésta.

Otro aspecto de interés para la aplicación de la prohibición para contratar derivada de la inhabilitación en sede concursal es la que aborda el último párrafo del artículo 172.2.2º de la LC en su redacción tras la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011.

En efecto, sin necesidad de previo pronunciamiento judicial, la persona inhabilitada en varios concursos podrá sumar a efectos de ejecución de la sanción el periodo de inhabilitación que se hubiera acordado en cada uno de ellos. Se suscitará entonces la aplicación de la medida a las sentencias de inhabilitación dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 38/2011. La duda a nuestro juicio debiera resolverse en el sentido de permitir su aplicación sólo a las sentencias que se dicten desde dicha entrada en vigor con base en lo dispuesto en la Disposición transitoria décima de la Ley 38/2011.

- Encontrarse sujeto a intervención judicial, que es una medida cautelar contemplada en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La valoración sobre si el contratista reúne aptitud para contratar debe realizarse, cuando la mesa de contratación toma la decisión de incluir o excluir a los licitadores a la licitación - conforme a lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del Real Decreto 1098/2001 - y, además, al tiempo de perfeccionarse el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo del RDL 3/2011, pues en caso contrario, esto es, si el contrato se adjudicase a favor del contratista que se encontrase afectado por una prohibición para contratar al tiempo de la perfección del contrato, éste resultaría nulo sin necesidad de proceder a su resolución.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 73 del RDL 3/2011, la forma de acreditar por el contratista que no se encuentra afectado por una prohibición para contratar, es mediante la declaración del representante legal de la empresa de que ni él ni la empresa a la que representa se encuentran afectados por las prohibiciones relacionadas en el artículo 60 del RDL 3/2011.

La competencia para apreciar si el licitador se encuentra o no incurso en una prohibición corresponde al órgano de contratación a propuesta de la mesa, sin expediente administrativo. Dicha resolución sería potencialmente un

acto recurrible vía el recurso especial en materia de contratación.

Sin embargo, pudiera suceder que la causa, concurriendo con anterioridad o al tiempo de perfeccionarse el contrato, se apreciase con posterioridad a éste. Siendo así, nos encontraríamos ante un supuesto de contrato nulo con base en lo dispuesto en el artículo 60.1b) del RDL 3/2011.

Evidentemente, si la causa se detecta tras la aprobación definitiva pero antes de la perfección del contrato, entendemos que la apreciación de la prohibición operaría de forma automática y aplicando el principio de conservación de los actos administrativos, permitiría dejar sin efecto la propuesta de adjudicación definitiva a favor del concursado, y efectuarla a favor del siguiente licitador, aquel que hubiera quedado en el proceso de adjudicación en segundo lugar tras el concursado.

El problema se plantearía, por tanto, cuando concurriendo la prohibición con anterioridad a la perfección del contrato, ésta no fuese detectada, exigiendo acudir a la declaración de nulidad del contrato.

El artículo 32b) del RDL 3/2011 señala que:

Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:

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 49.

Los efectos de la nulidad se establecen en el artículo 35:

1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación provisional o definitiva, cuando sea firme,

- llevará en todo caso consigo la nulidad del mismo contrato

- entrará en fase de liquidación,

- debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor.

La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias.

El artículo 35.3 del RDL 3/2011 introduce una primera excepción a lo anterior:

3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

Igualmente, para el contrato de servicios, se incluye más un matiz que una segunda excepción, aplicable en caso de concurso del licitador, aludiendo a la regla que contiene el artículo 173 del RDL 3/2011:

e) Cuando se trate de un suministro concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, o con los administradores de un concurso, o a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza.

Conforme a dicho precepto, el cese de explotación no necesariamente declarado por el juez del concurso, faculta al órgano de contratación para que acuda al procedimiento negociado sin publicidad y seleccione un nuevo proveedor.

2. Los efectos de la declaración de concurso del contratista de la Administración.

Hasta ahora hemos analizado el impacto que tiene la declaración de concurso en los licitadores que pueden concurrir a un proceso de contratación; a partir de ahora analizaremos los efectos derivados de la declaración de concurso del contratista que se encuentra ejecutando un contrato.

Tal y como hemos visto con anterioridad, si el contrato es privado, los efectos y extinción se regularán por el derecho privado, de forma que cuando el contratista se encuentra en concurso la legislación aplicable será la concursal, contenida en los artículos 61 y siguientes de la LC y la competencia para compeler a su cumplimiento, acordar la resolución y efectos de ésta, su denuncia o extinción por otra causa corresponde al juez del concurso⁶.

⁶ Sobre esta cuestión profundizaremos en el último epígrafe de este trabajo.

Por el contrario, si el contrato es administrativo, los efectos y extinción se regularán por el derecho especial en materia de contratación pública, correspondiendo al órgano de contratación ejercer las prerrogativas administrativas relativas a la interpretación, ejecución, modificación y resolución del contrato.

Prerrogativas administrativas⁷, que pueden ser consideradas exorbitantes y cuya justificación radica en la naturaleza de las potestades que se ejercen en este tipo de contratos, en los que el interés público subyacente debe presidir su ejercicio y no, y éste es un dato importante, el interés del concurso - concepto jurídico más indeterminado que el de interés público y que tiende a resolverse por el criterio y predisposición del intérprete, que puede así considerar el de los acreedores en conjunto o una categoría de éstos, como pudieran ser los salariales, o el del propio deudor -.

El ejercicio de las prerrogativas anteriores en caso de concurso del contratista se modula por lo dispuesto en los artículos 223 y siguientes del RDL 3/2011, que establece: reglas aplicables en orden a las causas, su aplicación y efectos para la resolución del contrato; reglas específicas para la cesión del contrato constante concurso; y normas aplicables a la subcontratación que ha llevado el concursado con antelación a la declaración de concurso.

2.1 La resolución del contrato administrativo constante concurso.

Los artículos de la Ley de Contratos que resultan de aplicación para la resolución del contrato constante concurso, se contienen en los artículos 223 y siguientes del RDL 3/2011. En efecto, el artículo 223⁸ del RDL 3/2011

⁷ Las prerrogativas se enuncian en el artículo 210 del RDL 3/2011 en los siguientes términos:

“Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.

⁸ El artículo 223 del RDL 3/2011 establece:

“Son causas de resolución del contrato:

- a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 73 bis .*
- b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.*
- c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.*
- d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 96 .*
- e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 200 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.*

establece las causas de resolución del contrato. A los efectos del concurso, nos interesa comenzar destacando como constituye causa propia para la resolución del contrato administrativo, la declaración de concurso del contratista, pues así lo declara la letra b) del artículo 223 del RDL 3/2011, al declarar:

"Son causas de resolución del contrato:

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento".

El artículo 223 b) del RDL 3/2011 identifica con su redacción dos supuestos, siendo el primero de ellos la declaración de concurso y, por tanto, no la solicitud de éste ni la presentación de la comunicación del artículo 5bis ni el inicio o perfección de un acuerdo de refinanciación.

El segundo de ellos, la declaración de insolvencia, ensancha el ámbito objetivo de aplicación de la causa de resolución, de forma que podrá ser aplicada, sin duda, con ocasión de los pronunciamientos emitidos en el orden jurisdiccional social e incluso, a nuestro juicio, consideramos que pudiera ser aplicada como consecuencia de los procedimientos administrativos en materia de recaudación que declaren la deuda incobrable y al deudor fallido - a modo de ejemplo artículo 61 del Reglamento General de Recaudación.

Las posibilidades no se agotan en la causa citada. La redacción de la letra g) del artículo 223 del RDL 3/2011 posibilita ampliar su ámbito de aplicación, cuando señala como causa 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

f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.

h) Las establecidas expresamente en el contrato.

i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley".

5bis de la LC dirigida al juzgado por el contratista deudor.

La interpretación que aquí defendemos nos permite llegar a una conclusión sobre las diferencias entre contratos administrativos y privados en orden a las causas que motivan la resolución del contrato.

La declaración de concurso se configura como causa de resolución ex lege - luego veremos el margen discrecional que para su aplicación tiene el órgano de contratación - e incluso ex contrato, cuando a través de éste se amplíe el supuesto de hecho concebido en la norma, el artículo 223 del RDL 3/2011, para los contratos administrativos. Por el contrario, para los contratos privados, resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 61 de la LC de forma que la cláusula que estableciese la resolución del contrato por concurso del contratista, aún cuando pudiera sostenerse su validez originaria, argumentando que la perfección y adjudicación del contrato ha de hacerse con sujeción al derecho privado, lo cierto es que, al tiempo de ser invocada, una vez declarado el concurso, la aplicación del artículo 61 de la LC resultará inexorable, con el resultado de no poder ser invocada ante el juez del concurso, quien la tendrá por no puesta.

La aplicación de las causas de resolución se regula en el artículo 224 del RDL 3/2011⁹ y sus efectos en el artículo 225 del mismo texto legal, con la siguiente redacción:

⁹ El artículo 224 del RDL 3/2011 señala que:

1. *La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca.*
2. *La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato. En los restantes casos, la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7.*
3. *Cuando la causa de resolución sea la muerte o incapacidad sobrevinida del contratista individual la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores.*
4. *La resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.*
5. *En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución.*
6. *En el supuesto de demora a que se refiere la letra e) del artículo anterior, si las penalidades a que diere lugar la demora en el cumplimiento del plazo alcanzasen un múltiplo del 5 por ciento del importe del contrato, se estará a lo dispuesto en el artículo 196.5 .*
7. *El incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquél sólo en los casos previstos en esta Ley.*

"1. Cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas.

2. El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista.

3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

4. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.

5. Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 206, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista.

6. Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por la causa establecida en la letra g) del artículo 206, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de éste por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de

contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles”.

El artículo citado, al igual que sus precedentes, los artículos 223 y 224, han sido modificados por el apartado decimoquinto de la Disposición final decimosexta de Ley 2/2011, de 4 de marzo y, con anterioridad lo habían sido por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, y su redacción - con las modificaciones posteriores que se han ido introduciendo - se corresponde con la filosofía contenida en los artículos 111 a 113 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, a los que inicialmente se había remitido la Ley Concursal.

La aplicación de las causas de resolución a la luz de la legislación citada, jurisprudencia y dictámenes emitidos por el Consejo de Estado, nos llevan a alcanzar las siguientes conclusiones que exponemos atendiendo propiamente a su aplicación y al procedimiento para ello.

La aplicación de las causas de resolución:

- Ha de hacerse atendiendo a su orden cronológico conforme concluye el dictamen del Consejo de Estado de 13 de marzo de 2008 y sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1997:

“En el supuesto de que hubiesen concurrido las dos causas de resolución, es claro, conforme a la doctrina unánimemente aceptada, que debe aplicarse la causa resolutoria prioritaria en el tiempo”.

Por ello, si con anterioridad a la declaración de concurso del contratista concurriese otra causa para la resolución, habrá de aplicarse ésta y los efectos derivados de la misma, sin acudir a la resolución por concurso.

- El procedimiento administrativo para la resolución del contrato habrá de seguirse con la administración concursal y no con el concursado, cuando se hubiese acordado la suspensión de las facultades de éste; en caso de intervención deberá seguirse con el propio concursado, siendo razonable no necesario, mantener informada a la administración concursal, ante el posible efecto que la resolución del contrato provoque en la masa activa y pasiva del concurso.
- La potestad administrativa de resolución de contrato en caso de concurso del contratista es discrecional, durante la fase común, no en caso de liquidación,

conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 5 del artículo 224 del RDL 3/2011.

- En fase común declaración de concurso puede no propiciar el inicio del expediente para su resolución. La decisión del órgano de contratación en orden a proceder a la resolución o mantener la ejecución del contrato, ha de adoptarse ponderando el impacto de ésta en el interés público que con al ejecución del contrato se pretende atender. Cuál de las opciones, resolución o prosecución de la ejecución, resulta más ventajosa para el interés público afectado.
- Siendo discrecional la decisión de proceder o no a la resolución del contrato, su ejecución requiere que el órgano de contratación exija la constitución de nuevas garantías y ello, además, antes de un momento límite: la aprobación judicial de convenio - momento en el que éste comienza a desplegar sus efectos conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la LC-, pues desde la misma no procederá ya iniciar el proceso de resolución de contrato.

Las garantías como alternativa a la resolución del contrato no debieran ser las reguladas como garantías provisionales o definitivas para la ejecución del contrato en los artículos 95 y siguientes del RDL 3/2011, al no encontrarse dicho supuesto entre los que permiten exigir al órgano de contratación su constitución por el contratista.

Entendemos que se trataría de garantías suficientes en orden a la ejecución del contrato por el propio contratista vinculados a la continuidad de su actividad empresarial o profesional. Así, a modo de ejemplo serían la existencia de una propuesta anticipada de convenio con adhesiones suficientes para su aprobación, aunque no lo haya sido aún formalmente o los informes de la administración concursal en orden a la viabilidad de la empresa, incluidos en el informe provisional del artículo 74 de la LC.

- Abierta la fase de liquidación, que tras la reforma puede coincidir con la propia declaración de concurso conforme a lo dispuesto en el artículo 142 de la LC, el órgano de contratación deberá acordar el inicio del expediente para la resolución del contrato, acordando, además, la incautación de garantías, cuando el concurso se declare culpable - interpretación jurisprudencial de lo dispuesto en el artículo 111 del Texto refundido de la Ley de Contratos del año 2000, que tras la reforma

operada por el R.D. Ley 6/2010 se incorpora al articulado de la Ley 30/2007 vigente.

El procedimiento administrativo para la resolución de contrato:

- El Tribunal Supremo ha establecido como premisa que nos encontramos ante un procedimiento administrativo - sentencia de 2 de octubre de 2007 -, cuya regulación se contiene en la legislación administrativa y normativa de desarrollo de ésta, siendo supletoriamente aplicable las normas reguladoras del procedimiento administrativo común, contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Esta conclusión se ha incorporado expresamente en la Disposición final tercera del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

- El órgano competente para su tramitación será el órgano de contratación. Sobre la falta de competencia a tal efecto de los jueces con competencias en materia mercantil se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de septiembre de 2011¹⁰.
- El procedimiento requiere dar audiencia al contratista conforme exige el artículo 211 del RDL 3/2011, de forma que si formula oposición será, además, exigible el dictamen del Consejo de Estado.

La solicitud de informe preceptivo en plazo al Consejo de Estado interrumpe el plazo de caducidad para la tramitación del procedimiento para la resolución contractual.

Además de lo anterior, será necesario informe del órgano con competencia para el asesoramiento del órgano de contratación y la audiencia al avalista o asegurador, cuando vaya a acordarse la incautación de la garantía.

- La resolución que acuerde la extinción del contrato, deberá pronunciarse sobre los efectos de ésta, en particular, sobre la incautación de garantías cuando el concurso fuese declarado culpable. Dicha resolución es

¹⁰ Esta sentencia se pronuncia sobre la resolución en sede concursal de un acuerdo de fraccionamiento y aplazamiento de pago, al considerar a éste como un contrato con obligaciones recíprocas, al que resultaba de aplicación lo dispuesto en el artículo 62 de la LC. El Tribunal Supremo casa la sentencia al sostener el carácter de acto administrativo del acuerdo de fraccionamiento y aplazamiento de pago, además, de la falta de competencia de los jueces de lo mercantil para resolver un contrato administrativo, si ése hubiera sido el caso.

inmediatamente ejecutiva, pone fin a la vía administrativa y, en consecuencia, es susceptible de recurso contencioso-administrativo.

Incautación de garantías que entendemos podría acordarse como medida cautelar, hasta que no se acuerde la calificación de concurso fortuito. Con ello no se estaría vulnerando la competencia del juez del concurso establecida en los artículos 86ter de la LOPJ y 8 de la LC conforme a la cual tiene jurisdicción exclusiva y excluyente para adoptar medidas cautelares.

Las razones para defender lo anterior se encuentran cuando las garantías se hayan constituido por tercero en que el límite de la competencia del juez del concurso es el patrimonio del concursado, de forma que es incompetente para impedir la adopción de medidas cautelares incluso ejecuciones patrimoniales que afecten al patrimonio de persona diversa del concursado.

Por el contrario, cuando las medidas cautelares afecten al propio patrimonio de la concursada su fundamento se encontrará en la doctrina del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción sostenida con ocasión del conflicto entre la Tesorería General de la Seguridad Social y los juzgados con competencias en materia mercantil¹¹ en orden a la competencia de aquella para apremiar créditos contra masa constante concurso. Doctrina que negaba la competencia administrativa tras la declaración de concurso para iniciar y proseguir apremios por créditos contra masa con base en la redacción del artículo 154 de la LC¹² pero sí para adoptar medidas cautelares sobre los mismos. Esto es, si pueden adoptarse medidas cautelares constante concurso en el marco de un procedimiento de apremio con mayor fundamento podrán ser acordadas en el marco de un procedimiento de naturaleza declarativa no ejecutiva respecto del cual no opera el principio de paralización establecido en el artículo 55 de la LC.

2.3. La cesión del contrato administrativo.

Como alternativa a la resolución del contrato, debiera analizarse y potenciarse por la administración concursal,

¹¹ Doctrina que se había confirmado por las sentencias posteriores de fecha 19 de diciembre de 2008 (RJ 2010/1976) y 4 de julio de 2008 (RJ 2010/1975), si bien con el matiz de permitir que se adoptasen medidas cautelares por el órgano administrativo titular de los créditos.

¹² La reforma llevada a cabo en los artículos 84 y 154 de la LC por la Ley 38/2011 posibilitará iniciar apremios administrativos por créditos contra masa constante concurso cuando concurren los supuestos que el artículo 84 de la LC identifica: que se haya aprobado judicialmente un convenio, que se haya acordado la apertura de la fase de liquidación o que haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se haya aprobado judicialmente un convenio ni se haya aprobado la fase de liquidación.

la cesión de éste. Cesión de contrato que podrá realizarse con sujeción a lo establecido en el artículo 226 del RDL 3/2011, que señala:

1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.

2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el adjudicatario en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación.

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

La cesión del contrato por acto inter vivos, en caso de concurso del contratista, exige la concurrencia de la voluntad del cedente, cesionario y la aprobación del órgano de contratación y tiene un límite específico: que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.

Sistemática y cronológicamente expuestos, los requisitos para dicha cesión serían:

- 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 sustituido por la administración concursal, cuando sus facultades

hayan sido suspendidas; incluso consideramos prudente que se recabe la aprobación de la administración concursal, en caso de intervención, para evitar que, con posterioridad, el acto pudiera ser anulado vía el ejercicio por la administración concursal de la acción de nulidad que regula el artículo 40.7 de la LC.

- Autorización expresa del órgano de contratación, que para emitirla deberá comprobar que:
 - El cesionario reúne los requisitos necesarios para tener "aptitud para contratar" conforme exige el artículo 54 del RDL 3/2011, esto es, capacidad plena de obrar, no encontrarse incurso en prohibición para contratar y la solvencia económica, financiera, técnica y profesional que hubiera sido exigida para concurrir a la adjudicación.
 - Por el contrario, resultará indiferente y no podrá denegarse la autorización a la cesión por el órgano de contratación aludiendo que el cedente no ha ejecutado un porcentaje de la prestación que constituye el contrato. Ello nos lleva a valorar como más sencilla la cesión en caso de concurso que sin el mismo - en ese caso sería exigible que el contratista cedente hubiera ejecutado un 20% de la obra o una quinta parte del servicio -.
- El acuerdo de cesión deberá formalizarse en escritura pública.

Las reflexiones anteriores nos llevan a una final. La cesión del contrato tendrá impacto económico en el concurso, previsiblemente en orden a un incremento en la masa activa, debido a la retribución económica que el cedente percibe del cesionario, a consecuencia de la cesión.

Atendido lo anterior, una intervención mínima de los órganos del concurso, en particular, de la administración concursal será necesaria, si bien no ya por del Juez del concurso ante la ampliación de las facultades de aquella vía la reforma introducida por la Ley 38/2011 en el artículo 43 de la LC.

Intervención que, a nuestro juicio, se recabaría para la adecuada formación de la voluntad del concursado en el momento de perfeccionarse la cesión y con carácter previo a recabarse la autorización administrativa emitida por el órgano de contratación.

2.4. La subcontratación y el concurso.

Finalizamos el análisis del impacto en el concurso de las potestades administrativas en materia de contratación, analizando la subcontratación.

El artículo 227 del RDL 3/2011 aborda la subcontratación, al establecer que:

1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

b) En todo caso, el adjudicatario deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia eximirá al contratista de la necesidad de justificar la aptitud de aquél. La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si ésta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

c) Si los pliegos o el anuncio de licitación hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a), los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados

nomínativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b), salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

e) Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación.

Para el cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

3. La infracción de las condiciones establecidas en el apartado anterior para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe del subcontrato.

4. Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.

El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal.

5. En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 60.

6. El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.

7. Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 por ciento del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla.

Las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior se considerarán condiciones especiales de ejecución del contrato a los efectos previstos en los artículos 212.1 y 223.f)

8. Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos.

9. Lo dispuesto en este artículo será de aplicación a las Entidades públicas empresariales y a los organismos asimilados dependientes de las restantes Administraciones Públicas, si bien la referencia a las prohibiciones de contratar que se efectúa en el apartado 5 de este artículo

debe entenderse limitada a las que se enumeran en el artículo 60.1.

Este precepto trae causa del artículo 115 de Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y su reforma más reciente, con impacto en el proceso concursal, ha tenido lugar mediante la Ley 24/2011, de 1 de agosto, por la que se resuelven las dudas suscitadas sobre la aplicación del artículo 1.597 del Código Civil a los contratos administrativos, en el sentido de impedir el ejercicio de la acción que dicho artículo contempla y a la que haremos referencia al analizar la posición de la Administración Pública contratante como deudora concursal.

En este epígrafe nos limitaremos a analizar la relación entre contratista en concurso y la subcontratación como medida que se pudiera adoptar constante concurso, para permitir la prosecución de la ejecución del contrato.

Tras la declaración del concurso del contratista principal, la subcontratación no es a diferencia de la cesión del contrato, una opción estratégica, cuya adopción precise ponderar la fase en la que el concurso se encuentre. La razón para ello estriba en que su posibilidad y alcance deberán encontrarse determinadas en el momento de licitación del contrato y no podrán ser modificadas ni flexibilizadas con ocasión del concurso. Además la esencia de la subcontratación exige un contratista principal, cuyo concurso ha de resolverse en sí mismo, vía permanecer en la ejecución del contrato o vía la resolución o cesión de éste, y no mediante el recurso la subcontratación.

III. - La Administración Pública como deudora a resultas de la contratación administrativa.

1. Acción directa y concurso de acreedores.

La denominada acción directa encuentra su fundamento jurídico en el artículo 1597 del Código Civil y faculta al subcontratista, que aporta trabajo o material en los obras por ajuste o a precio alzado, a reclamar su crédito frente al dueño de la obra, el deudor de su deudor.

La aplicación del artículo 1597 del CC ha sido una cuestión pacífica cuando el contrato existente entre la Administración y el contratista era un contrato privado no así cuando el contrato era administrativo o cuando el contratista es declarado en concurso.

Sobre la primera de las cuestiones, planteada extra muros del concurso, nos limitaremos a apuntar como 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, con base en el artículo 1597 del Código Civil ha sido una cuestión controvertida, que entendemos se encuentra en vías de resolverse, atendidas las recientes reformas normativas.

En efecto, frente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil que reconocía al subcontratista el derecho al ejercicio de la acción directa frente a la Administración dueña de la obra, aún cuando fuese administrativo el contrato suscrito con el contratista, las reformas legislativas llevadas a cabo en la Ley 30/2007 se manifiestan a favor de la solución contraria: la inoponibilidad de la acción directa frente a la Administración contratante, cuando ésta traiga causa de un contrato administrativo.

La inoponibilidad frente a la Administración en el caso de contratos administrativos de la acción directa parecía, a juicio de muchos, incorporarse ya en la Ley 30/2007 ante la redacción de su apartado cuarto del artículo 210, si bien entendemos que dicha interpretación se confirma de forma tajante por la Ley 24/2011, al incorporar un nuevo apartado en el artículo 210 con el siguiente texto:

«8. Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación también a las Entidades Públicas Empresariales de carácter estatal y a los organismos asimilados dependientes de las restantes Administraciones Públicas.¹³»

Ambas normas se trasladan como apartados octavo y noveno al nuevo artículo 227 del RDL 3/2011, de forma que, a nuestro juicio, sólo subsiste ya el debate sobre el régimen aplicable a los contratos perfeccionados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma que lleva a cabo la Ley 24/2011, ante la ausencia de normas de derecho transitorio en la materia que nos ocupa.

Frente a una retroactividad de grado mínimo, que permitiese limitar la oponibilidad de la acción directa frente a la Administración sólo a los contratos administrativos perfeccionados con posterioridad a la entrada en vigor de

¹³ Nótese la exclusión de sociedades públicas y fundaciones.

la reforma que lleva a cabo la Ley 24/2011, nos parece más acertado retrotraer la misma, con el fin de justificar que no sean atendidos los requerimientos extrajudiciales y que sean contestadas las demandas en el sentido de oponerse al ejercicio de la acción directa, cuando éstos traigan causa en un contrato administrativo perfeccionado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/2007, pues ésa era la posición manifestada entre otros por el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 71/09, de 23 de julio de 2010, que a la postre la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2011 ha venido a confirmar, zanjando la discusión en el sentido que en el mismo se defendía.

Igualmente han sido polémicos el ejercicio y los efectos de la acción directa en caso de concurso del contratista, con independencia de que el dueño de la obra, legitimado pasivamente, fuese un particular o la Administración y, en caso de ésta, que tuviese como causa un contrato administrativo o privado.

El debate tiene como base el principio de la *par conditio creditorum* que la Ley Concursal introduce y su consecuencia: la reducción de privilegios, subsistiendo sólo aquellos que la misma reconoce. Conjunción de principios que la Administración Tributaria ha soportado viendo por los Tribunales limitada la aplicación de la legislación tributaria como norma especial, incluso a pesar de contrariar con ello los antecedentes de la norma.¹⁴

¹⁴ La posibilidad de clasificar como créditos privilegiados con carácter general los créditos tributarios en caso de liquidación sin limitar dicha condición al cincuenta por ciento de su importe partía de la redacción del artículo 77.2 de la LGT, tras un azarosa tramitación en el Senado. La cuestión ha sido finalmente resuelta en dos sentencias del Tribunal Supremo de 26 y 30 de septiembre de 2010, que desestiman sendos recursos de casación interpuestos por la Agencia Estatal de Administración Tributaria sobre la clasificación de los créditos tributarios en caso de que la solución al concurso fuese la liquidación y no el convenio. Para llegar a dicha conclusión el Tribunal Supremo parte de analizar la derogación tácita llevada a cabo por el artículo 77.2 de la LC y al señalar que:

“En los supuestos de derogación tácita de una norma legal por su incompatibilidad con otra –prevista en el artículo 2, apartado segundo, del Código Civil y afirmada en el recurso-, no es el legislador quien establece expresamente el cese de la vigencia de la primera por haber cambiado su voluntad en la segunda, sino, en su caso, el Juez, que para resolver el conflicto que le hubiera sido planteado sobre una materia regulada por ambas, debe decidir, previamente, si lo ha de hacer mediante la aplicación de la una o de la otra”.

Partiendo de dicha premisa, las sentencias comentadas se pronuncian sobre la justificación de la enmienda en el Senado al apartado segundo del artículo 77 de la LGT y reconocen que:

“Desde el punto de vista subjetivista de la interpretación poca duda ofrece afirmar que la voluntad que impulsó dicha enmienda fue la de limitar, en beneficio de la Administración, el recorte de privilegios de los créditos tributarios establecido en la Ley 22/2003, dejando fuera del ámbito de aplicación de la misma la calificación de esos derechos en todos aquellos casos en que la solución del concurso del deudor no fuera el convenio”.

Pero pese a ello, continúa y se convierte en la auténtica *ratio decidendi*, señala:

“...sabido que el legislador fue consciente de un problema de política legislativa y que quiso darle una determinada solución por medio de la Ley nueva, se impone determinar si realmente logró lo que quería y si el resultado de su quehacer llegó a constituir el remedio al que aspiraba”.

Esa voluntad de la reforma concursal de limitar los privilegios a los por ella reconocidos vino a chocar frontalmente con la figura de la acción directa, pues mediante la misma, el subcontratista, titular la mayoría de las veces de un crédito ordinario en el concurso de su contratista, cobraba de un tercero, el dueño de la obra y con ello evitaba que se incrementase la masa activa al detraer de ella un crédito y, además, cobraba con preferencia a créditos de mejor clasificación: créditos concursales privilegiados e incluso contra masa.

La falta de previsión específica en la Ley Concursal sobre la vigencia de la acción directa tras la declaración de concurso del contratista derivó en una polémica resuelta de forma diversa por las audiencias provinciales y que la reforma que lleva a cabo la Ley 38/2011, ha venido a zanjar en el sentido de que la acción directa debe ceder frente al concurso.

Con anterioridad a la reforma, la mayoría de las audiencias provinciales se habían decantado a favor de la denominada postura moderada defendida por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, desde su sentencia de 2 de marzo de 2006, conforme a la cual la acción directa debía ceder frente al concurso del contratista, con el límite de las demandas promovidas con anterioridad a la declaración de concurso. Criterio que se acogía por la Audiencia Provincial de Madrid en su Auto de fecha 19 de mayo de 2010, invocando además del principio de la *par conditio creditorum*, el relativo a la universalidad de las masas activa y pasiva, una vez declarado el concurso. Como variante dentro de dicha posición mayoritaria, la Audiencia Provincial de Valladolid en su sentencia de 23 de septiembre de 2010, ampliaba el margen de viabilidad de la acción directa en caso de concurso del contratista a los supuestos en los que con anterioridad al concurso se había promovido la reclamación extrajudicial, no la demanda.

La reforma concursal aborda y resuelve el problema imponiendo la prevalencia del concurso frente al ejercicio de la acción directa.

Siguiendo en ese punto el informe de 17 de febrero de 2011 del Consejo General del Poder Judicial, que recomendaba la inadmisión de las demandas desde el inicio hasta el fin de concurso, los artículos 51bis apartado segundo y el nuevo

Traemos a colación este tema como ejemplo del choque que constantemente se produce en la aplicación de la legislación concursal y tributaria, el cual, hasta la fecha, no se ha suscitado entre la legislación concursal y la existente en materia de contratación administrativa.

50.3 de la LC en redacción dada por la Ley 38/2011 imponen la inadmisión de las demandas fundadas en el artículo 1597 del CC desde la declaración de concurso hasta su conclusión y, además, la suspensión de las iniciadas con anterioridad.

Bien es cierto que la reforma de los artículos 50.3 y 51 bis de la LC sólo será aplicable a los concursos que se declaren a partir del 1 de enero de 2012, con base en lo dispuesto en la Disposición transitoria primera apartado primero de la Ley 38/2011, esto es, que la acción directa cede frente al concurso, de forma que para los concursos en tramitación deberemos acudir a la jurisprudencia menor anteriormente citada, la cual mayoritariamente, como hemos visto, coincide con la reforma que lleva a cabo la Ley 38/2011, si bien con un importante matiz: la prevalencia frente al concurso de las acciones promovidas con anterioridad a éste al amparo del artículo 1597 del cc.

Atendido lo anterior, a nuestro juicio, a partir del 1 de enero de 2012 el subcontratista no podrá promover frente a la Administración el ejercicio de la acción directa, una vez declarado el concurso del contratista, y las promovidas con anterioridad a éste serán suspendidas, con independencia de que el contrato suscrito con éste sea privado o administrativo.

2. La posición de la Administración frente a la concurrencia entre concurso y ejecuciones singulares frente al patrimonio del contratista concursado.

Las claves del moderno derecho concursal se concentran a nuestro juicio en dos: las reglas que ordenan la prelación crediticia y las que rigen la concurrencia entre concurso y ejecuciones singulares. Mucho se ha escrito sobre una manifestación de la segunda, consecuencia de la posición de la Administración Pública como acreedora en el concurso como es la relativa a la concurrencia entre el procedimiento de apremio administrativo y concurso.

Por el contrario, casi nada se ha escrito sobre la posición de la Administración ante la concurrencia de embargos, cuando ésta trae causa de su posición como deudora en el procedimiento concursal - por ejemplo a consecuencia de certificaciones expedidas con ocasión de la ejecución de un contrato con el contratista que posteriormente es declarado en concurso -.

Pese a ello, dicha cuestión es fuente constante de dudas para los órganos encargados de la gestión, especialmente en materia de contratación, que deben afrontar requerimientos

de diferentes instancias judiciales, administrativas e incluso de los propios administradores concursales.

El principio que, a nuestro juicio, debe presidir el análisis de la cuestión es el acogido en el artículo 117 de la Constitución, complementado por el artículo 3 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, conforme a los cuales el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los jueces y Tribunales determinados por las leyes. A los efectos de la cuestión que aquí analizamos, entendemos que no cabe confundir la autotutela declarativa o potestad de la Administración de declarar su derecho con eficacia frente a terceros, con el ejercicio por los jueces y Tribunales de la potestad jurisdiccional para dirimir las controversias suscitadas entre particulares.

Analizada bajo dichos principios la posición que la Administración como deudora ha de adoptar ante una concurrencia de embargos, judiciales y/o administrativos, e incluso de requerimientos de la administración concursal, la conclusión no puede ser otra que la sumisión a la jurisdicción del juez del concurso.

No se nos escapa que tratándose de un contrato administrativo el artículo 200 de la Ley 30/2007, en redacción dada por el artículo 3.1 de la Ley 15/2010, de 5 de julio, determina que sólo es posible el embargo de las certificaciones de obra por deudas tributarias, de seguridad social, créditos laborales derivados de la ejecución del contrato y las deudas con subcontratistas o suministradores que tengan el mismo origen - actualmente la redacción del artículo 200 se ha incorporado como artículo 216 del RDL 3/2011 - pero dicho mandato no se dirige a la Administración que contrata y abona sino a la autoridad que pueda trabar embargo sobre los citados pagos, tal y como aclara el informe 63/96, de 18 de diciembre, de 1996 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuyos planteamientos siguen vigentes con la nueva normativa.

Ítem más, declarado el concurso del contratista la normativa aplicable se condensa en los artículos 55 y 84 de la LC, que prohíben el inicio o prosecución de las ejecuciones singulares constante concurso con las salvedades que en los mismos se introducen.

Brevemente expuestas las reglas que ordenan esta cuestión, es preciso diferenciar entre ejecuciones ocasionadas por créditos concursales - artículo 55 de la LC - y por créditos contra masa - artículo 84 de la LC -.

La concurrencia entre procedimiento de apremio por créditos concursales y concurso se regula fundamentalmente y en lo que interesa a efectos de este documento por lo establecido en el artículo 55 de la LC, precepto que ha sido objeto de numerosos pronunciamientos judiciales. Especialmente relevantes son las sentencias dictadas por la Sala especial de Conflictos del Tribunal Supremo, competente para resolver los conflictos de jurisdicción suscitados entre la Administración y los jueces con competencias en materia mercantil, pues si bien no constituyen jurisprudencia strictu sensu, no es posible ignorar su relevancia atendido el órgano del que proceden y las sanciones que su incumplimiento puede llevar aparejado.

Las últimas sentencias sobre el particular se han dictado por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en fecha 18 de octubre de 2010 y 21 de septiembre de 2011 y en ellas se hace eco de las anteriormente dictadas sobre la materia, que expresamente cita, como son las sentencias de 22 de diciembre de 2006, 7 de marzo de 2008 y 22 de junio de 2009, para analizar los requisitos que deben concurrir para atribuir preferencia al procedimiento administrativo de ejecución frente al concursal:

- Que la Providencia de apremio haya sido dictada con fecha anterior a la del Auto de declaración de concurso, por tanto, sin exigir que también sea previa al concurso la diligencia de embargo;
- Pronunciamiento del juez del concurso sobre el carácter no necesario de los bienes o derechos sobre los que proseguirá la ejecución administrativa constante concurso;
- Posibilidad de que la prosecución del apremio se acuerde una vez iniciada la fase de liquidación concursal.

La novedad y relevancia de la sentencia de 18 de octubre de 2010 reside en el pronunciamiento expreso que realiza sobre el alcance que haya de darse a esa ejecución separada entendiendo que la misma debe llegar hasta el final, haciéndose pago - en el caso resuelto por la sentencia que comentamos - la Seguridad Social, con el producto de la subasta no debiendo detenerse en un estadio anterior, el de realización de los bienes.

En definitiva, la preferencia procedimental actuada sobre bien declarado judicialmente no necesario, conlleva la aplicación de lo obtenido a la satisfacción de la deuda apremiada.

Las consecuencias de dicha sentencia son dos:

- Su contenido se extiende a los procedimientos de apremio administrativo tramitados por cualquier Administración Pública y a las ejecuciones tramitadas en sede jurisdiccional, en la medida en la que para todos ellos resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 55 de la LC.

- Su pronunciamiento contempla expresamente la competencia de la Administración Pública actuante -o del juzgado - para resolver en el marco del procedimiento de ejecución, las tercerías de mejor derecho que se susciten.

Obviamente, lo anterior reabre la cuestión relativa a la prelación de créditos a tener en cuenta al resolver las tercerías de mejor derecho en el ámbito administrativo y judicial no concursal: el de la concurrencia de créditos en ejecuciones singulares o el propio concursal.

A tal fin, puede resultar de utilidad recordar las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a en fecha 10 de marzo y 12 de septiembre de 2008 -en el mismo sentido se han manifestado la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en sentencia de 17 de junio de 2010 y la Audiencia Provincial de Pontevedra de 8 de enero de 2010-, en las que expresamente se pronunciaba a favor de la aplicación de los criterios de prelación de créditos en el marco de ejecuciones singulares o, lo que es lo mismo, la aplicación para la resolución de la tercería de mejor derecho del artículo 77.1 de la LGT, del artículo 22 de la LGSS, del artículo 10 de la LGP y el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

La reforma introducida por la Ley 38/2011 en la materia, se lleva a cabo en la redacción del artículo 55 de la LC en consonancia con la del artículo 164 de la LGT. En particular, la reforma se concreta en los siguientes aspectos:

- La preferencia procedimental se resolverá por el contraste entre la fecha del Auto de declaración de concurso y la fecha de la diligencia de embargo, de forma que la mera providencia de apremio no es suficiente para permitir la prosecución de la ejecución separada constante concurso, siendo para ello necesario que con anterioridad a éste se haya dictado, además, la diligencia de embargo.

- Acogiendo la doctrina establecida por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción es preciso obtener del juez del concurso un pronunciamiento sobre el carácter no necesario

de los bienes o derecho, cuya ejecución separada se pretende constante concurso.

- A diferencia del criterio establecido por la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 18 de octubre de 2010, si con anterioridad a la aprobación del plan de liquidación no se reanuda la ejecución, no podrá ya proseguirse ésta.

- No podrán levantarse ni cancelarse los embargos administrativos por la mera declaración de concurso o apertura de un proceso de liquidación.

Como consecuencias para el caso que nos ocupa: la Administración y los juzgados podrán proseguir la ejecución separada si el embargo de bienes o derechos se hubiese acordado con anterioridad a la declaración de concurso; para ello será preciso que el juez del concurso declare que dichos bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional y, además, que se prosiga la ejecución con anterioridad a la aprobación del plan de liquidación; y si se prosigue la ejecución, el resultado obtenido deberá aplicarse a la cancelación de la deuda por la que se practicó el embargo sin aplicar los criterios de prelación propios del procedimiento concursal.

Siendo ello así, ante una concurrencia de embargos administrativos y/o judiciales con requerimientos de la administración concursal, 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 ésta, si es - como sucederá en la mayoría de los casos, atendidos los precedentes en la instancia - necesario, sobre su ingreso a la masa activa del concurso.

Mayores problemas plantea la posición a adoptar frente a los embargos administrativos que se reciban, una vez declarado el concurso y por créditos contra masa. A partir de la entrada en vigor de la reforma concursal, el 1 de enero de 2012, la Administración tendrá competencia para apremiar créditos contra masa constante concurso de acuerdo con lo dispuesto en el nuevo artículo 84 de la LC a diferencia de la situación anterior, que le vedaba dicha posibilidad, con base en la doctrina sentada al respecto por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción¹⁵.

¹⁵ Con esta reforma se supera la doctrina establecida al respecto por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en la materia, conforme a la cual la satisfacción constante concurso de los créditos contra masa se rige por lo dispuesto en el artículo 154 de la LC, en particular, la sentencia de 8 de noviembre de

En efecto, el apartado cuarto del artículo 84 de la LC tras la reforma establece que:

"4. Las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. Esta paralización no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento".

Como consecuencia de lo anterior los créditos contra masa podrán ser recaudados en vía de apremio constante concurso, siempre que concurra una de estas tres situaciones:

- Haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se haya aprobado un convenio o acordado la apertura de la fase de liquidación.
- Se haya aprobado un convenio
- Se haya abierto la liquidación

Tras la modificación introducida con la nueva redacción del artículo 84 de la LC se permite expresamente el inicio de ejecuciones administrativas para la satisfacción de créditos contra masa, siempre que haya transcurrido el plazo de un año desde la declaración de concurso sin que se haya aprobado un convenio o la apertura de la liquidación y, en todo caso, desde la aprobación judicial del convenio o apertura de la liquidación.

La falta de remisión a lo dispuesto en el artículo 55 de la LC en orden a la limitación del embargo respecto de bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional y competencia del juez del concurso para valorar dicha condición pudiera justificar la inaplicación

2007 del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción sustrae de la competencia de la Administración la posibilidad de iniciar o proseguir apremios administrativos para el cobro de los créditos contra masa constante concurso:

"Dicho artículo -cita el artículo 154.2 LC- debe interpretarse en el sentido de que corresponde a la jurisdicción determinar cuándo debe procederse exactamente al pago de la deuda líquida debida a la Seguridad Social cuando la citada liquidación se halla realizado con posterioridad a la declaración de concurso".

Doctrina que se había confirmado por las sentencias posteriores de fecha 19 de diciembre de 2008 (RJ 2010/1976) y 4 de julio de 2008 (RJ 2010/1975), si bien con el matiz de permitir que se adoptasen medidas cautelares por el órgano administrativo titular de los créditos.

de dichos límites en caso de que el procedimiento de apremio tenga como causa créditos contra masa.

3. La posición de la Administración frente al pago de la certificación.

Los artículos 216 y siguientes del RDL 3/2011 ordenan el pago del precio así como el procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas; en particular, el artículo 217 identifica el recurso contencioso-administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa como el cauce y órgano competente para actuar frente a la inactividad administrativa consistente en la falta de atención del requerimiento de pago. Es, por tanto, en dicha sede donde deben resolverse cuantas cuestiones afecten al crédito que el concursado-contratista pretende frente a la Administración en orden a fijar la existencia y cuantía del crédito de aquel frente a ésta.

La conclusión anterior no se ve alterada en caso de concurso del contratista. En primer lugar, porque la jurisdicción del juez del concurso se concreta conforme al artículo 8 de la LC a las acciones civiles que se sustancien contra el patrimonio del concursado, lo que supone excluir las acciones frente a terceros y las atribuidas al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En segundo lugar, porque el inventario tiene un valor meramente informativo, de forma que aunque en él se incluyan cantidades que terceros adeudan al concursado, la mera inclusión en el inventario, incluso la falta de impugnación frente al mismo por el deudor del concursado que se encuentre personado en el procedimiento, no conlleva la aprobación de un título ejecutivo frente al deudor. En este sentido, se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7146), cuyo fundamento jurídico segundo concluye:

"No cabe extender el efecto preclusivo derivado de la falta de impugnación mediante el incidente concursal a las personas incluidas por la Administración concursal en la relación de deudores del concursado, ni cabe equiparar estos deudores con los acreedores a los efectos del art. 97.1 LC, ni siquiera en el caso de que los deudores conozcan la inclusión en la masa activa del concurso. La desigualdad de trato tiene sólido apoyo en las diferentes características y efectos jurídicos, además de configuración -formación-, de las respectivas listas; a lo que cabe añadir las distintas peculiaridades de las condiciones de acreedor y de deudor, y su respectiva

posición en el proceso concursal , y en el proceso civil en general, no resultando razonable en esta última perspectiva que un deudor tenga que plantear un proceso incidental -ejercicio de acción declarativa negativa- por el simple hecho de haber sido incluido en una relación por Administración concursal , generalmente sin más base que la documentación o manifestaciones unilaterales del concursado."

Por último, a efectos del pago conviene ponderar la oportunidad de condicionar éste, cuando sea necesario practicar una liquidación de contrato, por ejemplo por existir penalidades, incumplimientos previos del contratista.

La opinión que aquí se expresa se ha recogido en la sentencia de 28 de octubre de 2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, sentencia 612/2011, en la que con cita de las dictadas por el Tribunal Supremo en fechas 7 de junio de 1983, 25 de mayo y 16 de diciembre de 1993, 9 de abril de 1994 y 8 de junio de 1998 señala que:

"...Por otra parte, no habiéndose efectuado liquidación de la obra no puede reputarse cierto el importe. La parte actora alude en este punto a la prohibición de compensación del artículo 58 de la LC. Ello, ante todo, sería acaso incompatible con su propia argumentación, dado que la prohibición de compensación afecta a los créditos concursales, no a los créditos contra masa. En suma, si la actora argumenta que no cabe compensación está tácitamente reconociendo el carácter concursal de su crédito. En todo caso, la prohibición de compensación parte, además, de la existencia de dos créditos autónomos, lo que no ocurre en el presente caso, No hay propiamente compensación cuando los abonos y los adeudos a liquidar fluyen de una misma relación contractual, donde no hay dualidad de créditos, sino créditos derivados de un tronco común. Es posible, por tanto, efectuar la liquidación a través de los cauces oportunos y, entre tanto, existe incertidumbre sobre el importe".

IV.- La Administración Pública como acreedora a resultados de la contratación administrativa.

1. Tratándose de un contrato administrativo, la Administración Pública podrá resultar acreedora en el procedimiento concursal fundamentalmente como consecuencia de las penalidades impuestas e indemnizaciones exigibles por incumplimientos o cumplimientos defectuosos imputables al contratista.

La ejecución de las garantías constituidas permitiría la satisfacción del correspondiente crédito al margen del concurso. No obstante, dicha afirmación puede encontrarse con una serie de obstáculos.

Cuando la indemnización traiga causa de la resolución de un contrato por el concurso del contratista, como comentábamos con anterioridad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 225.4 del RDL 3/2011 la incautación de garantías sólo será posible cuando el concurso sea calificado como culpable, lo que exige sentencia del juez del concurso, previa apertura de la sección de calificación, hito que conlleva bien la apertura de la fase de liquidación bien la aprobación de un contenido cuyas quitas y/o esperas superen un tercio del importe de los créditos ordinarios o tres años de espera.

A sensu contrario, cuando el concurso vaya a ser declarado fortuito, no será posible acordar la incautación de garantías y la resolución del contrato por concurso del contratista con indemnización de daños y perjuicios será un crédito que la Administración contratante deberá comunicar y reclamar en el concurso.

La resolución de un contrato, incluso en caso de concurso del contratista, podrá tener como causa un incumplimiento por el contratista de las obligaciones señaladas como sustanciales en el contrato. Ello sucederá cuando cronológicamente dicho incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, tal y como exige la doctrina del Consejo de Estado y jurisprudencia del Tribunal Supremo, a las que anteriores epígrafes hemos hecho referencia, al interpretar el régimen de aplicación de las causas de resolución en caso de concurrencia de varias de ellas.

En el supuesto recogido en el párrafo anterior, con base en el artículo 225.3 del RDL 3/2011, la indemnización se hará efectiva en primer lugar en la garantía constituida y en caso de exceso respecto de ésta, se hará efectivo respecto del patrimonio del contratista, de forma que en caso de concurso, deberá comunicarse en éste el crédito correspondiente.

En todos los casos que en los artículos anteriores nos hemos referido a la ejecución de garantías es preciso señalar que ésta no se ve dificultada por la declaración de concurso del contratista, en caso de que hubiesen sido prestadas por tercero, por persona diversa del contratista, pues en ese caso, la prohibición de inicio y prosecución de ejecuciones constante concurso contenida en el artículo 55 de la LC y la jurisdicción exclusiva del juez del concurso

no resultan de aplicación, al dirigirse contra el patrimonio de persona distinta del concursado; en este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona Autos de 9 de diciembre de 2010 (núm. 368/2010), y Auto 66/2009 de 18 de marzo.

Por el contrario, la ejecución de las garantías constituidas con cargo al patrimonio del deudor aún cuando fuese posible conforme a la legislación de contratos citada, se verá limitada y supeditada al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 55 de la LC, al que anteriormente hemos hecho referencia, de forma que en la mayoría de los casos no será posible - vid requisitos para ello expuestos en el epígrafe II de este trabajo - y exigirá que la Administración comunique su crédito en el concurso.

En los casos que hemos expuesto y en general en todos aquellos en los que la Administración resulte acreedora frente al contratista y no pueda proceder a la ejecución de garantías prestadas por tercero, para hacer efectivo su crédito deberá acudir al concurso. Su forma de intervenir en el mismo vendrá condicionada por la calificación de su crédito como concursal o contra masa.

La calificación de un crédito como contra masa exige que éste se encuentre incluido en alguna de las categorías que enumera el artículo 84.2 de la LC.

El artículo 84.2.6 de la LC puesto en relación con el artículo 62 del mismo texto legal, conduciría a calificar la indemnización de daños y perjuicios que trae causa de la resolución contractual como crédito contra masa, cuando la causa de resolución se hubiese producido con posterioridad a la declaración de concurso. Atendido el criterio anterior, si la resolución obedece al concurso del contratista, entendemos que el crédito debiera calificarse contra masa, con independencia de que la resolución se acuerde en fase común o de liquidación.

Una segunda opción en orden a la calificación del crédito sería aplicar lo dispuesto en el artículo 84.2.10 de la LC con base en su origen legal, en la medida en la que, a diferencia de los contratos privados, presididos por el principio de libertad de pactos, los contratos administrativos tienen un claro fundamento y contenido determinado por ley, por ejemplo, a efectos de su resolución.

El criterio anterior ha servido para establecer el carácter de crédito concursal o contra masa en el caso de las sanciones administrativas y obtuvo el respaldo mediante

sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de marzo de 2011, que precisamente estableció en orden a su calificación como momento determinante y de contraste frente a la fecha del auto de declaración de concurso la correspondiente al incumplimiento que motiva la sanción y no la establecida en la resolución sancionadora.

La calificación de crédito contra masa exime al acreedor del deber de comunicar su crédito en tiempo y forma en el concurso, esto es, conforme disponen los artículos 85 y 21.1.5 de la LC en el plazo de un mes desde la declaración de concurso. Es suficiente que la comunicación del crédito se efectúe, cuando éste se encuentre liquidado y mediante certificación administrativa, tratándose de Administración Pública.

Por el contrario, si el crédito es concursal¹⁶, el acreedor deberá comunicar su crédito en el plazo de un mes desde la declaración de concurso, más correctamente desde que se publica el anuncio de éste en el Boletín Oficial del Estado, acompañándose una propuesta de clasificación, que, a nuestro juicio, debiera ser la de crédito con privilegio general al cincuenta por ciento de su importe y ordinario en el restante, aplicando lo dispuesto en el artículo 91.4 de la LC. La razón se encuentra en que se trataría de un crédito público, con base en lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley General Presupuestaria.

2. Tratándose de un contrato privado, los efectos y extinción del contrato, también su resolución, se rigen por lo dispuesto en los artículos 61 y siguientes de la LC, una vez declarado en concurso el contratista.

Sucintamente expuesto el estado de la cuestión como antecedente para analizar las consecuencias a efectos de la posición de la Administración contratante como acreedora en el concurso, es preciso partir del principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, una vez declarado el concurso. El artículo 61 de la LC establece dicho principio para, a continuación, sancionar con la nulidad - "se tendrán por no puestas" ex artículo 61.3 de la LC - las cláusulas contractuales que establezcan lo contrario y regular las excepciones a dicho principio general, esto es, los contratos que podrán resolverse constante concurso.

Las excepciones a dicho principio hay que analizarlas partiendo de la premisa de su ámbito objetivo de

¹⁶ Abordar con detalle esta cuestión excede el ámbito de este trabajo, encontrándose, además, profusamente analizada en la doctrina y jurisprudencia, la obra más completa sobre el tema y actualizada es, a nuestro juicio, el "Tratado judicial de la insolvencia" publicado por la editorial Aranzadi.

aplicación, esto es, sólo podrán aplicarse a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes contratantes constante concurso, lo que supone excluir, entre otros, al contrato de préstamo - vid en ese sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 1 de junio de 2006 (AC 2007/1004) -.

Constante concurso, las prestaciones a que se encuentre obligado el contratista se realizarán con cargo a la masa conforme disponen los artículos 61.2 y 84.2.6º de la LC. Por tanto, recordamos aquí el régimen comunicación al que hemos hecho referencia en el apartado segundo de este mismo apartado IV.

El artículo 61.2 de la LC regula la resolución en interés del concurso con base en el mutuo acuerdo entre las partes - por el concursado intervendrá la administración concursal en caso de suspensión - y a falta de éste, por ejemplo en lo atinente a los efectos, será necesario tramitar el correspondiente incidente concursal y obtener el pronunciamiento del juez del concurso, que con respecto a la indemnización deberá hacerse con cargo a la masa conforme disponen nuevamente los artículos 84.2.6 y 61.2 de la LC.

El artículo 62 de la LC ordena la resolución por incumplimiento cuando éste se hubiese producido después de la declaración de concurso, porque si el incumplimiento fuera anterior, éste no podrá invocarse frente al concursado, una vez declarado el concurso, salvo que el contrato fuese de tracto sucesivo conforme dispone el artículo 62.1 de la LC.

La competencia para la resolución corresponde al juez del concurso y el cauce para alcanzar el pronunciamiento sobre ella y sus efectos, con relevancia para la calificación del crédito como concursal o contra masa, es el incidente concursal conforme dispone el artículo 62 de la LC en sus apartados segundo y tercero.

La calificación del crédito en concepto de indemnización de daños y perjuicios así como la de los créditos por prestaciones vencidas será la de crédito contra masa, salvo que el incumplimiento haya sido anterior a la declaración de concurso - supuesto de resolución por incumplimiento anterior al concurso aplicable a los contratos de tracto sucesivo -. En caso contrario, ambos serán clasificados como créditos concursales.

En cada uno de los supuestos en los que hemos calificado el crédito de la Administración contratante como contra masa,

ésta verá el mismo satisfecho atendiendo a la fecha de vencimiento - la correspondiente por un lado a las prestaciones vencidas y por otro a la sentencia que declare y cuantifique el derecho a la indemnización -. Principio que puede ser excepcionado de forma transitoria, esto es, pagándose créditos de vencimiento posterior, en los términos de lo dispuesto en el artículo 84.3 de la LC¹⁷, o definitiva, alterándose el orden de prelación, en caso de concurso con insuficiencia de masa activa, en los términos de lo dispuesto en el artículo 176 bis.2 de la LC¹⁸.

Cuando el crédito sea concursal, su clasificación entendemos que será la de crédito ordinario en cuanto al principal y la de subordinado respecto de los intereses si fuese procedente su devengo, de forma que su reclamación eficaz en sede concursal exigirá su comunicación, pudiendo invocarse para ello lo dispuesto en el artículo 97.3 número cuarto de la LC, con el fin de su incorporación a la lista provisional o definitiva, debiendo seguir para ello el cauce que introduce el nuevo artículo 97 bis de la LC.

¹⁷ El artículo 84.3 de la LC en su redacción tras la reforma que lleva a cabo la Ley 38/2011 establece:
«3. Los créditos del número 1.º del apartado anterior se pagarán de forma inmediata. Los restantes créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos. La administración concursal podrá alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. Esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social.

¹⁸ El artículo 176 bis apartado segundo de la LC establece:

2. Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas.

Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2.º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

3.º Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

5.º Los demás créditos contra la masa”.

BIBLIOGRAFÍA¹⁹

- SANZ BOSCH, F.J., "La acción directa y concurso de acreedores", en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal núm. 15/2011, págs. 283 y siguientes realiza un estudio pormenorizado de los diferentes criterios mantenidos por las audiencias provinciales sobre la viabilidad de la acción directa en caso de concurso del contratista.
- LINARES GIL, M.I., "Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el Real Decreto-Ley 6/2010", en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal núm. 14/2011, págs. 173 y siguientes.
- ORDIZ FUERTES, M.C. "La posición de la Hacienda Pública en el concurso a la luz de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo", en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal núm. 14/2011, págs. 205 y siguientes.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, T., " Los efectos del concurso sobre los contratos administrativos a la luz del Real Decreto-Ley 6/2010", en Anuario de Derecho Concursal núm. 22, enero-abril 2011, págs. 315 y siguientes.
- SALINAS, C., "Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos", en Anuario de Derecho Concursal núm. 24, septiembre-diciembre 2011, págs. 99 y siguientes.
- GÓMEZ MENDOZA, M. "efectos del concurso sobre los contratos: Cuestiones generales", en AAVV, Estudios sobre la Ley Concursal Homenaje al Profesor Manuel Olivencia 2005 III, págs. 2788 y siguientes.
- FERNÁNDEZ TORRES, I. "Algunas consideraciones en torno a los efectos del concurso sobre los contratos del sector público: una perspectiva *ius privatista*", en REDA n° 143/2009.
- GUINOT BARONA, M. "Diferencia de trato entre la Administración Pública y el contratante privado frente a la situación de concurso ¿una discriminación razonable?", Diario La Ley n° 7080, 2008.

¹⁹ Nos limitamos a citar la especializada sobre las cuestiones comentadas en este trabajo