

LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ANTE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE SUS LICITADORES Y CONTRATISTAS

ALFREDO RAMOS PÉREZ OLIVARES

Doctor en Derecho.

Abogado del Bufete Marfil&Ramos

Extracto:

EL propósito de estas líneas es estudiar la regulación de las situaciones en las que una empresa que, bien pretendiendo contratar con la Administración pública acudiendo a una licitación, o bien habiendo resultado adjudicataria de un contrato administrativo y en ejecución del mismo, es declarada en concurso de acreedores.

En primer lugar, de esta situación se deriva la prohibición de contratar con las Administraciones públicas. Con esta prohibición, el legislador pretende impedir que la ejecución de un contrato público sea encomendada a personas o empresas que no tengan suficiente capacidad económica.

En segundo lugar, la declaración de concurso de acreedores puede, con determinados matices, configurarse como causa de resolución de los contratos públicos. Se quiere con ello salvar el interés público de la obra o servicio encomendado, por encima del principio de la continuación de la actividad de la empresa concursada.

En este trabajo se ha pretendido dar respuesta a los problemas que plantea esta situación de insolvencia de los contratistas y licitadores públicos.

Palabras clave: insolvencia, contrato público, licitador, contratista.

THE GOVERNMENT SERVICES IN FRONT OF THE INSOLVENCY DECLARATION OF HIS TENDERS AND CONTRACTORS

ALFREDO RAMOS PÉREZ OLIVARES

Doctor en Derecho.

Abogado del Bufete Marfil&Ramos

Abstract:

THE intention of these lines is to study the regulation applicable when a company either, trying to contract with the government services as a tender, or, being the winning tender for an administrative contract, and in execution of it, it is declared in situation of insolvency.

First of all, when this situation exits, it is forbidden to contract with the Government Services. With this prohibition, the legislator tries to prevent that the execution of a public contract is entrusted to persons or companies which do not have sufficient economic capacity.

Secondly, the declaration of creditors' insolvency can, under certain circumstances, be a reason of resolution of the public contracts. The public interest of the work or entrusted service has priority over the continuation the contracted company activities.

With this note, we try to give an answer to the problems that arise from the contractors and public tenders' insolvency.

Keywords: insolvency, public contract, tender, contractor.

Sumario

1. A modo de prefacio.
2. Marco normativo.
 - 2.1. Regulación del concurso de acreedores.
 - 2.1.1. Ámbito subjetivo de la Ley Concursal.
 - 2.1.2. Ámbito objetivo de la Ley Concursal.
 - 2.2. Regulación de los contratos del sector público.
 - 2.2.1. Ámbito subjetivo del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
 - 2.2.2. Ámbito objetivo del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
3. El concurso de acreedores como causa de prohibición de contratar.
 - 3.1. Introducción.
 - 3.2. Caracterización de la prohibición.
 - 3.3. Contenido de la prohibición.
 - 3.3.1. Solicitud de declaración de concurso voluntario.
 - 3.3.2. Declaración de insolvencia en cualquier procedimiento.
 - 3.3.3. Declaración de concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio.
 - 3.3.4. Intervención judicial.
 - 3.3.5. Inhabilitación judicial.
 - 3.4. Declaración de concurrencia de esta prohibición de contratar y efectos.
4. El concurso de acreedores como causa de resolución de contratos del sector público.
 - 4.1. Introducción.
 - 4.2. Antecedentes.
 - 4.3. Caracterización de esta causa de resolución.
 - 4.3.1. Declaración de concurso.
 - 4.3.2. Declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.
 - 4.4. Procedimiento para la resolución contractual.
5. Conclusiones.
6. Bibliografía.

1. A MODO DE PREFACIO

Los clásicos de la navegación reconocían que el hombre de mar con frecuencia partía hacia destinos donde nunca antes había estado. Para facilitar cada singladura no faltaban en sus puentes de mando los *derroteros*, obras escritas e ilustradas que describían las costas, fundamentalmente sus bajo-fondos, arenales y encalladeros. Resultaría pretencioso por mi parte otorgar a estas líneas tan alto carácter, pero sí he pretendido, al menos, señalar los puntos más conflictivos que puede encontrar el jurista especializado en Derecho público cuando se acerca a las aguas, a veces traicioneras, del Derecho consursal. La *casualidad* ha querido que mi experiencia profesional, como administrador concursal, se haya situado en esta última área; mientras que mi experiencia docente se ha desarrollado en el área de la contratación pública, de la mano del profesor MORENO MOLINA, la persona más cualificada en esta materia y autor de las aportaciones doctrinales más relevantes. No puedo atribuir a esta doble dedicación la *auctoritas* del docente ni la *potestas* del administrador concursal nombrado por el juzgado, y a lo más que llego a atreverme es a poner negro sobre blanco las controversias que se suscitan y de las que he podido ser testigo privilegiado.

Poniendo de relieve de antemano la existencia de extraordinarias reflexiones doctrinales a las que se irá haciendo referencia, no resulta excesivamente frecuentado el camino que une estas dos materias. El Derecho consursal es visto con cierta distancia por los iuspublicistas que valoran esta área de la práctica jurídica como el paradigma del mercantilismo más acendrado y, en consecuencia, alejado de los fines y finalidades públicas objeto de estudio en el Derecho administrativo. Por su parte, la doctrina concursalista no ha tenido entre sus prioridades el estudio de las relaciones entre los contratos del sector público y la figura jurídica de la quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores. No obstante quiero subrayar, sin perjuicio de las oportunas y académicas citas en el lugar correspondiente, dos aproximaciones a la materia que me han servido de fuente, fecunda y cristalina, para elaborar este trabajo: la monografía *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, del profesor GUAYO CASTIELLA, y el artículo «Concurso y contratos con el sector público en el marco Real Decreto 3/2009 y de la nueva Ley de Contratos con el Sector Público», de la profesora FERNÁNDEZ TORRES. Ambos autores han sembrado de hitos la senda, de manera que aquellos que la transitamos con posterioridad tenemos a la vista un camino libre y expedito, que facilita la labor de sistematización y categorización que ahora se aborda.

En definitiva, es propósito de estas líneas poner el foco en la regulación de las situaciones en las que una empresa que, bien pretendiendo contratar con la Administración pública acudiendo a una

licitación, o bien habiendo resultado adjudicataria de dicho contrato y en ejecución del mismo, resulta incurso en un procedimiento de insolvencia incardinado en nuestra legislación concursal. Para lograr ese objetivo se estudiará el marco normativo de aplicación y se acudirá a los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales que se han ido produciendo y que han venido a delimitar los difusos contornos que toda figura jurídica presenta cuando es objeto de un análisis más cercano.

2. MARCO NORMATIVO

2.1. Regulación del concurso de acreedores

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal¹ (LC), supuso la modernización de la institución del concurso de acreedores en nuestro país², unificando su aplicación tanto a personas jurídicas como naturales, con independencia de que sean empresarios o profesionales. Esta ley representó una nueva visión de la insolvencia en nuestro país, no solo desde el punto de vista material y formal³, sino del procedimental, al crear, a través de la ley orgánica complementaria aprobada junto a aquella⁴, una jurisdicción especializada constituida por los jueces de lo mercantil⁵.

¹ Del periplo parlamentario hasta su aprobación da buena cuenta ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho concursal*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 39, que recuerda que los anteproyectos se aprobaron y remitieron al Congreso de los Diputados con fecha 5 de julio de 2002, a donde llegaron el día 23, y en una tramitación parlamentaria, más larga y con más modificaciones que las previstas, pero con una sincera realidad del denominado consenso, se terminaron por aprobar en el Pleno del Congreso de los Diputados de 19 de junio de 2003, acogiéndose todas las enmiendas del Senado, con unanimidad de grupos parlamentarios (285 votos a favor, y una abstención en la LECO, y un voto en contra añadido en la LORC), siendo los textos ordenados publicar en su versión definitiva el día 27 siguiente, y efectivamente publicados el 10 de julio de 2003 (BOE núm. 164).

² Muy recomendable para un acercamiento a la evolución histórica de la regulación de la insolvencia y la quiebra en nuestro país la obra de PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005, págs. 39-128. Someramente, no obstante, pueden citarse aquí como intentos de reforma de la legislación concursal los de 1922, para solventar la crisis del Banco de Barcelona, único que acabó en la Gaceta de Madrid, y los de los años 1926, 1950, 1959, 1978, 1983, 1987 y 1995; los principales fueron los del Anteproyecto de 1983 y la Propuesta de 1995. Un resumen de ellos aparece en la propia Exposición de Motivos de la Ley de 22/2003, de 9 de julio.

³ Como destaca GARCÍA TREVIJANO GARNICA, E., («La suspensión de pagos como causa de resolución de los contratos administrativos de obras», *REDA*, núm. 77, 1993), el Código de Comercio de 1829 distinguía en su artículo 1.002 cinco clases de quiebras: la suspensión de pagos, la insolvencia fortuita, la insolvencia culpable, la insolvencia fraudulenta y el alzamiento. En el artículo 1.003 se definía la primera clase de quiebra (suspensión de pagos) de forma similar a como es concebida hoy cuando se consigue acudir a la fase de convenio, es decir, se entendía como quebrado en suspensión de pagos aquel comerciante que, manifestando bienes suficientes para satisfacer todas sus deudas, suspendía temporalmente los pagos, pidiendo a sus acreedores un plazo para poder realizar sus mercaderías o créditos y satisfacerles.

⁴ Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Fue necesaria tal reforma habida cuenta de la incidencia que el concurso podía tener sobre derechos fundamentales del deudor (vinculados con su libertad personal, su domicilio y comunicaciones).

⁵ La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003 subrayaba al respecto que «ello ha de redundar en resoluciones mejores, adoptadas con la mayor agilidad posible, caracterizadas por una mayor homogeneidad interpretativa de las normas de aplicación y, finalmente, facilitando una mejor redistribución del trabajo que proyecta sobre la jurisdicción civil la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil».

Sin embargo, la crisis financiera internacional, visible para el común de los mortales tras la quiebra de Bear Stearns el 2 de agosto de 2007, y aparatosamente confirmada un año después tras la caída (con rescate público) de las entidades hipotecarias Fannie Mae y Freddie Mac y, sobre todo (con quiebra), del banco de inversión Lehman Brothers ⁶, conmueve los cimientos económicos y financieros mundiales y, en la esfera doméstica, eleva exponencialmente las solicitudes de declaración de concurso en nuestros juzgados ⁷.

Esta realidad desbordó las previsiones normativas y forzó que el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, introdujese importantes modificaciones en la LC, tratando de dar respuesta a los problemas más urgentes que la misma tenía planteados. La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, también modificó 49 preceptos de la LC.

La agudización de la crisis y la constatación del incumplimiento de uno de los propósitos principales de la LC, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado ⁸, ha llevado a introducir un cambio de más enjundia a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio ⁹.

Esta reforma de la LC parte del reconocimiento de los principios esenciales de ley originaria, en concreto, la triple unidad legal, de disciplina y de procedimiento. Pero manteniendo esos principios esenciales, sí que introduce una serie de importantes modificaciones que suponen una actualización integral de nuestro Derecho concursal, profundizando en las «alternativas» al concurso o los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación, simplificando el procedimiento concursal ¹⁰, favoreciendo la anticipación de la liquidación y profesionalizando el estatuto del administrador concursal.

⁶ RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., «Las cajas de ahorro como elemento perturbador del sistema financiero español», *Revista de Derecho de los Negocios*, La Ley, núm. 237, 2010, pág. 19.

⁷ Según el INE, en estadística publicada en su página web y consultada el 1 de abril de 2012 (<http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t30/p219&file=inebase>), el número de concursos instados desde la primera anualidad completa tras la entrada en vigor de la LC (2005) hasta los últimos datos definitivos recogidos (2010), tendría el siguiente desglose:

Estadística del procedimiento concursal. Número total de concursos						
Ejercicio	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Número de concursos	1.001	968	1.147	3.298	6.197	5.962

⁸ En <https://www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/concursal>, se puede acceder a la estadística del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles, correspondiente al ejercicio 2010 (último publicado a la fecha de elaboración de estas líneas). En la página 34 de ese informe se puede leer que el 94,2 por 100 de los procedimientos concursales deriva hacia la fase de liquidación, siendo la cifra más alta observada en el periodo 2006-2010.

⁹ Publicada en el BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011, y cuya disposición final tercera preveía que la ley entrara en vigor el pasado 1 de enero de 2012, salvo los apartados uno (art. 5 bis LC), diez (art. 15 LC), cincuenta (art. 71.6 y 7 LC), cincuenta y siete (art. 84.2.11.º exclusivamente), sesenta y dos (art. 91.6.º exclusivamente) y ciento doce (disp. adic. cuarta LC), que entraron en vigor el 12 de octubre de 2011.

¹⁰ Muestra al respecto su absoluto desacuerdo SANJUÁN Y MUÑOZ, E., («Incidencia de la Ley Concursal en el ámbito administrativo», *Actualidad Administrativa*, núm. 3, 2004, pág. 265) al subrayar que *por lo que se refiere a la «simplificación del*

2.1.1. *Ámbito subjetivo de la Ley Concursal*

El artículo 1.1 de la LC dispone que la declaración judicial de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, que viene a plasmar la ya anticipada característica de la ley referida a la unidad legal, superando la diversidad que hasta ahora consagraban nuestros códigos y leyes especiales, que contemplaban soluciones concursales para el deudor en función de su estatuto personal ¹¹.

La propia Exposición de Motivos de la LC, en su apartado II, indica que la superación de la diversidad de instituciones concursales para los comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la superación del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevarza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil).

En definitiva, se unifica el tratamiento de los deudores comerciantes y no comerciantes y, en consecuencia, se regula un único régimen para el concurso de acreedores. A este respecto, y habida cuenta de la insignificancia numérica y de entidad de los concursos de acreedores civiles que se tramitaban en el pasado, no puede decirse que se trate de una novedad revolucionaria, pero reafirma la desaparición de la anciana dicotomía del Derecho civil-Derecho mercantil ¹².

Por su parte, el segundo inciso de este primer artículo de la LC hace referencia, dentro de ese ámbito subjetivo, a la posibilidad de declarar el concurso de una herencia en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente. El problema es la forma que adopte la aceptación, es decir, el precepto habla del concurso de la herencia mientras esta no sea aceptada pura y simplemente, en el entendido de que si la aceptación pura y simple se produce, el llamado deviene heredero y en su calidad, deudor de las obligaciones de su causante que se transmitan a su muerte en virtud de los artículos 657, 659 y 661 del Código Civil (CC), y desde el punto de vista cuantitativo se produce el efecto que determina el artículo 1.003 del CC, es decir, que se produce la confusión de los patrimonios y que, como consecuencia, el heredero responde de las deudas del causante no solo con los bienes de la herencia, sino también con los suyos propios, aunque a efectos del concurso produce también otro efecto, cual es el de la comunicación de deudas, de manera que del mismo modo que se forma una única masa patrimonial, los acreedores del heredero concurren con los del causante y viceversa, al cobro de sus respectivos créditos ¹³.

procedimiento» en absoluto hemos de estar de acuerdo con dicha pretendida «unidad de disciplina» o relacionado con ella de «unidad de sistema». Pues si bien se parte de un procedimiento general, un procedimiento abreviado y un trámite de incidentes [Título VIII, arts. 183 y ss. (La Ley 1181/2003)] la complejidad del mismo es altamente reconocida incluso por el propio Ministro de Justicia en su comparecencia ante el Parlamento. De la inicial simplificación del procedimiento se derivan posteriormente o se pueden derivar tantas piezas bien incidentales o de ejercicio de acciones principales que hablar de simplificación es precisamente contrario al carácter complejo que se reconoce por todos los operadores jurídicos.

¹¹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «De los presupuestos del concurso», *Comentarios a la legislación concursal*, (Directores SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ), Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 41.

¹² ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho concursal*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 114.

¹³ HIDALGO GARCÍA, S., «Presupuesto subjetivo», *Comentarios a la legislación concursal*, (Directores SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ), Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 81.

Finalmente, dentro de este apartado correspondiente al ámbito subjetivo de la LC hemos de mencionar el apartado tercero del artículo 1 de la LC, que prevé la imposibilidad de declarar en concurso a las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de Derecho público. Las entidades que integran la organización territorial del Estado son las Administraciones enumeradas en el artículo 2.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC). Los organismos públicos se identifican con las denominadas entidades instrumentales estatales, autonómicas y locales, las entidades públicas empresariales, fundaciones públicas y consorcios, y los demás entes de Derecho público incluyendo las corporaciones del artículo 2.2 y disposición transitoria primera de la LRJ-PAC¹⁴.

La exclusión de los entes de Derecho público de la declaración de concurso responde a los motivos tradicionales (capacidad patrimonial teóricamente ilimitada de las Administraciones públicas, carácter no ejecutable de sus bienes, etc.), aunque la solución contraria, conocida en los EE UU, podría facilitar la solución de las crisis financieras de algunos municipios, debidas a sucesos extraordinarios (por ejemplo, condena en firme a pagar una elevada indemnización por una expropiación, con los intereses de demora; o por la revocación de licencias de obras como consecuencia de una rectificación de la política urbanística), que a veces se perpetúan, en daño de sus acreedores y vecinos.

2.1.2. *Ámbito objetivo de la Ley Concursal*

El artículo 2 de la LC se ocupa del presupuesto objetivo que desencadena la posibilidad de solicitar el concurso, presentando la insolvencia como concepto jurídico que se remite a una situación de hecho que afecta al deudor común y que se da cuando este no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Así pues, el presupuesto objetivo de la declaración concursal es aquella situación económica, la de insolvencia, que justifica la apertura del procedimiento concursal¹⁵. Acota la norma, en el apartado segundo de este artículo, que se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles¹⁶. No se trata, por tanto, de un mero requisito procesal que hace procedente la resolución judicial que declara el concurso, sino una situación de hecho: el deudor debe encontrarse «en estado de insolvencia».

A continuación establece un régimen que dará lugar al concurso voluntario, cuando la solicitud de declaración del concurso la presenta el deudor¹⁷, o al necesario si tal solicitud es presentada por los acreedores.

¹⁴ ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho concursal*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 136.

¹⁵ CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I., *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, La Caixa, Barcelona, 2001, pág. 59.

¹⁶ Véanse a efectos de definición jurisprudencial de esta situación las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 5 de mayo de 2009; la de la Audiencia Provincial (AP) de Alicante de 26 de enero de 2006, o la de la AP de Córdoba de 9 de enero de 2007.

¹⁷ Con el principal efecto de que en tal caso cabe la posibilidad de que la pretensión del deudor se formule a partir de una situación de insolvencia actual o inminente, siendo este segundo supuesto una de las más notables innovaciones de la LC respecto a la anterior normativa.

2.2. Regulación de los contratos del sector público

La contratación en el sector público se rige en la actualidad por lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre ¹⁸, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP). Es consecuencia jurídica de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas número 134, de 30 de abril de 2004, que establece un nuevo marco jurídico más conforme a las reglas de una Administración moderna y que pretende una adecuada y eficiente gestión de fondos públicos.

En su Exposición de Motivos, el Real Decreto Legislativo 3/2011 recuerda en primer término el tenor de la disposición final trigésima segunda de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, como norma que habilita la refundición y autoriza al Gobierno para elaborar, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, un texto refundido «en el que se integren, debidamente regularizados, aclarados y armonizados» la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos. Señala a continuación el sentido general de dicha habilitación, que no es otro que el de promover la seguridad jurídica en ese ámbito, toda vez que se han sucedido numerosas leyes modificativas de la citada LCSP y se han aprobado, igualmente, normas en materia de financiación privada que afectan también a dicho bloque normativo.

2.2.1. *Ámbito subjetivo del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*

El anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) ya había sido objeto de toda una suerte de sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declarando la incorrecta transposición del ámbito subjetivo de las directivas *clásicas*. El TRLCSP se adecua a lo que al respecto prevé la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. El legislador español ha trasladado el contenido de la directiva al artículo 3 ¹⁹ del TRLCSP, quizá el precepto más complejo de todos los que integran la ley ²⁰. La primera aseveración que corresponde es aclarar que el precepto que delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la ley es un precepto caracterizado como básico y, por tanto, aplicable a todas las Administraciones públicas y demás entidades dependientes de las mismas. Al amparo de este artículo, se

¹⁸ Publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) de fecha 16 de noviembre de 2011. Su disposición final única establece que «El presente real decreto legislativo y el texto refundido que aprueba entrarán en vigor al mes de su publicación en el BOE», por lo que el TRLCSP entró en vigor el día 16 de diciembre de 2011.

¹⁹ La rúbrica del artículo («Ámbito subjetivo») procede de la Ponencia del Congreso, que incorporó la Enmienda núm. 41 del Grupo Popular. En el proyecto de ley la rúbrica decía «Delimitación del sector público, Administraciones públicas y poderes adjudicadores».

²⁰ VICENTE IGLESIAS, J.L., *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 69.

puede afirmar que la norma regula un triple ámbito subjetivo ²¹: las Administraciones públicas (la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local); los entes, organismos y entidades que formando parte del sector público no tienen la consideración de Administración pública pero están sujetos a la Directiva 2004/18/CE; y, finalmente, los entes, organismos y entidades que formando igualmente parte del sector público no tienen la consideración de Administración pública ni están sujetos a la Directiva 2004/18/CE. Como señala BLANQUER CRIADO ²² el problema que plantea la anterior distinción es que «los tres grupos de sujetos se superponen parcialmente, pues algunas de las personas jurídicas que forman parte de uno de esos grupos también se integran en otros, formando una figura cónica que se va cerrando progresivamente». En cualquier caso, el TRLCSP no se aplica de modo igual y pleno a todos los sujetos, lo que dificulta enormemente su manejo ²³ y resta seguridad jurídica.

No obstante este triple ámbito ²⁴, el régimen fundamental de la ley sigue siendo ²⁵, al igual que en el TRLCAP, el de los contratos celebrados por las Administraciones públicas y, dentro de estos, el de los contratos administrativos, razón por la que las siguientes líneas girarán alrededor de esta tipología contractual.

2.2.2. *Ámbito objetivo del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*

En su aproximación al ámbito objetivo de la LCSP, GUTIÉRREZ COLOMINA ²⁶ aborda la cuestión de un doble modo (para superar «la críptica arquitectura de la norma»):

- a) Por inclusión: se remite al artículo 2 del TRLCSP, que establece y define los contratos sometidos a esta ley por considerarlos del sector público por cumplir determinadas condiciones en el caso de los subvencionados.
- b) Por exclusión: alude al contenido del artículo 4.1, que excluye del ámbito del TRLCSP determinados negocios y relaciones jurídicas.

Junto a esta delimitación que nos deslinda las exclusiones del ámbito del TRLCSP de determinados negocios y relaciones jurídicas, conviene ahora poner de manifiesto el hecho de que la ley

²¹ TOLOSA TRIBIÑO, C., *Contratación Administrativa, DAPP publicaciones jurídicas*, Pamplona, 2008, pág. 26.

²² BLANQUER CRIADO, D., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Tirant, Valencia, 2007, pág. 19.

²³ MARTÍN OVIEDO, J.M.ª, «Guía para la aplicación de la ley de contratos del sector público. Ámbito subjetivo de aplicación», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 8, 2007, pág. 170. Habla de la necesidad de una guía «para no perderse por la selva inextricable de la ley».

²⁴ PAREJO ALFONSO, L., «Objeto y ámbito de aplicación de la Ley», *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público* (Coord. VÁZQUEZ GARRANZO, J.), Bosch, Barcelona, 2009, pág. 23. Destaca que la norma forma «hasta tres grupos o círculos parcialmente solapados, en su caso, y no todos ellos completamente inscritos en el del sector público».

²⁵ MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 122.

²⁶ GUTIÉRREZ COLOMINA, V., «El ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público: la aplicación a las sociedades mercantiles», *Manual práctico de la Ley de Contratos del Sector Público*, AA.VV., Fundación Asesores Locales, Málaga, 2009, pág. 34.

reserva la categoría de contratos administrativos exclusivamente a los celebrados por las Administraciones públicas. Para todos los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administración pública los contratos que celebren se considerarán contratos privados (art. 20.1). De tal manera que los artículos 5 a 12 del TRLCSP se ocupan de la delimitación de los tipos contractuales, «que luego podrán dar lugar a contratos administrativos (por ejemplo, si el contrato de obras lo celebra un ayuntamiento) o a contratos privados (si el contrato de obras lo celebra una entidad pública empresarial como la Agencia Estatal de Administración Tributaria)»²⁷.

Como ya se ha anticipado, serán objeto de este estudio las relaciones jurídicas que se deriven de la solicitud o declaración de concurso de acreedores de un licitador o de un contratista cuando el contrato tenga el carácter de administrativo o la licitación se lleve a cabo por Administraciones públicas.

En este sentido, hemos de remitirnos a lo dispuesto en el artículo 67 de la LC, que prevé que los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo²⁸ celebrados por el deudor con Administraciones públicas²⁹ se regirán por lo establecido en su legislación especial; mientras que 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 la propia LC.

Se muestra crítica con esta distinción FERNÁNDEZ TORRES³⁰, para quien la clasificación contrato administrativo-contrato privado se ha hecho muy borrosa, perdiendo el sentido que quizá tuviera bajo el régimen de la ley de contratos anterior y vigente en el momento de la promulgación de la LC.

Sentado todo lo cual, procede analizar los efectos que la situación concursal depara a los licitadores y a los adjudicatarios de contratos celebrados con las Administraciones públicas.

3. EL CONCURSO DE ACREEDORES COMO CAUSA DE PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

3.1. Introducción

El TRLCSP regula las prohibiciones de contratar en el Título II («Partes en el contrato»), Capítulo II («Capacidad y solvencia del empresario»), y Subsección 3.^a («Prohibiciones de contratar»).

²⁷ MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 186.

²⁸ DÍAZ LEMA, J.M., «Contratos públicos *versus* contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad de la Ley de Contratos del Sector Público?», *REDA*, núm. 141, 2009, págs. 16 y ss.

²⁹ Con carácter general, estos contratos serán aquellos que el deudor concursado hubiera celebrado con una Administración pública en sentido estricto sin que puedan considerarse como tales las sociedades mercantiles de capital íntegro o mayoritariamente público y las fundaciones del sector público (aun cuando estas deban someterse a la Ley de contratos con el sector público en relación con determinadas cuestiones).

³⁰ FERNÁNDEZ TORRES, I., «Concurso y contratos con el sector público en el marco Real Decreto 3/2009 y de la nueva Ley de Contratos con el Sector Público», *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009, pág. 269.

En concreto, están reguladas en su artículo 60.1 b), disposición que, conforme al apartado 3 de la disposición final segunda, tiene el carácter de legislación básica, e impide contratar con el sector público a aquellas personas (físicas o jurídicas) en quienes concurran determinadas circunstancias³¹ y, entre todas ellas, en lo que aquí interesa³², la de «haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en este 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, Concursal, sin que haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso».

No es novedosa esta regulación de la insolvencia económica del licitador como causa de prohibición para contratar³³. Así, el artículo 21.5.º de la Instrucción de consumos de 31 de diciembre de 1881, relativo a contratos administrativos de arriendos municipales de venta libre, ya disponía que «no serán admitidos como licitadores ni como fiadores de estos los declarados en quiebra³⁴». Tiene ya en su origen esta medida precautoria la finalidad de que el licitador no pueda evadirse de responsabilidades pecuniarias a que, eventualmente, pueda hallarse afecto³⁵.

Más cercana en el tiempo es la ordenación establecida sobre este particular por el artículo 9.2³⁶ de la Ley de 8 de abril de 1965, de Contratos del Estado³⁷ (LCE), y, como antecedente más inmediato³⁸, el apartado b) del artículo 20 de la Ley 13/1995, de 13 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas³⁹.

³¹ Véase al respecto CEA AYALA, Á.: «Breves reflexiones acerca de las prohibiciones para contratar», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 67, 2007, págs. 26 y ss.

³² En relación con esta cuestión, *vid.* CHINCHILLA MARÍN, C., «La insolvencia del contratista de las Administraciones públicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 69, 2004, págs. 33 y ss.

³³ Para un magnífico repaso a los antecedentes legislativos históricos de la prohibición de contratar, véase FENELLÓS, V., «Prohibiciones de contratar», en AA.VV. (Coord. ARIÑO ORTIZ, G.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Comares, Granada, 2003, tomo II, págs. 75 y ss.

³⁴ ABELLA, J., *De los contratos administrativos con el Estado, la Provincia y el Municipio*, Imprenta de E. de la Riva, Madrid, 1885, pág. 708.

³⁵ ALBI CHOLVI, F., *Los contratos municipales*, Horizontes, Valencia, 1944, pág. 70.

³⁶ Numeración dada tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la LCE. Inicialmente, con el mismo contenido, era el artículo 4 de la LCE.

³⁷ Disponía este artículo, en su redacción definitiva tras la reforma introducida por el Real Decreto Legislativo núm. 931/1986, de 2 de mayo, por el que se modificó la LCE para adaptarla a las directivas comunitarias, que:

«Están facultadas para contratar con la Administración las personas naturales y jurídicas, españolas o extranjeras que, teniendo plena capacidad de obrar, no se hallen comprendidas en alguna de las circunstancias siguientes:

(...)

2. Haber sido declaradas en quiebra, concurso de acreedores o insolventes fallidas en cualquier procedimiento, o haber iniciado expediente de suspensión de pagos o presentado solicitud judicial de quiebra o concurso de acreedores, mientras, en su caso, no fueren rehabilitadas.»

³⁸ El número de prohibiciones para contratar ha ido aumentando progresivamente: si partimos de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911 encontramos que no disponía siquiera de una lista de prohibiciones; será el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (RCCL) de 9 de enero de 1953 el que incluya una lista con seis prohibiciones. Posteriormente la LCE elevará las prohibiciones a ocho supuestos; con la LCAP subieron a once casos; y, finalmente, el actual TRLCSP contempla doce prohibiciones de contratar.

³⁹ Disponía este inciso que en ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

La LCSP, vigente ya la nueva legislación concursal, incluyó la regulación inicial de esta prohibición de contratar en su artículo 49.1 b), donde se recogía la prohibición de contratar con el sector público ⁴⁰ a quienes hubieren solicitado la declaración de concurso, o hubieren sido declarados insolventes en cualquier procedimiento, o se hallasen declarados en concurso, sujetos a intervención judicial o inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que hubiese concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

Si comparamos la dicción literal contenida en la redacción inicial de la LCSP con la vigente en el artículo 60.1 b) del TRLCSP que encabezaba este apartado, observamos algunas diferencias producto de las modificaciones introducidas por el artículo 4 del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo. Con estos cambios desapareció la controversia que se había suscitado con el hecho de que si la mera solicitud de concurso implicaba la prohibición de contratar con el sector público, existía el riesgo de que, para dañar la posición de un potencial contratista del sector público, sus competidores provocasen que un acreedor solicitase el concurso, o lo solicitaban ellos mismos (si eran acreedores de aquel potencial contratista), de forma que quedase eliminado de la licitación ⁴¹.

3.2. Caracterización de la prohibición

La fundamentación de estas prohibiciones reside en evitar sospechas sobre las personas que intervienen en la gestión de los asuntos públicos. Así la jurisprudencia ha descrito esta finalidad en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 31 de mayo de 2004, Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, o la STS de 28 de marzo de 2006, Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, al identificar el concepto de honorabilidad como valor a preservar.

En su análisis de esta disposición, destaca BESTEIRO RIVAS ⁴² que para poder contratar con el sector público no basta con tener capacidad de obrar (en su doble aspecto general y específico) y acreditar una aptitud suficiente para ejecutar correctamente una determinada prestación, «sino que a estos dos requisitos o condiciones de carácter positivo debe añadirse una más, de sentido negativo: la ausencia de prohibiciones de contratar».

(...)

b) *Haber sido declaradas en quiebra, en concurso de acreedores, insolvente fallido en cualquier procedimiento o sujeto a intervención judicial; haber iniciado expediente de quita y espera o de suspensión de pagos o presentado solicitud judicial de quiebra o de concurso de acreedores, mientras, en su caso, no fueren rehabilitadas.*

⁴⁰ Subraya GUAYO CASTIELLA, I., (*Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 35) que entre 1965 y 2007, las prohibiciones para contratar lo eran para contratar con la Administración pública, pero desde la LCSP esas causas prohibitivas se extendieron a los contratos celebrados por el deudor con todo el sector público, es decir, también con entes, organismos o entidades que, sin ser Administraciones públicas, pertenecen también al sector público.

⁴¹ GUAYO CASTIELLA, I., *Contratos del sector público...*, *op. cit.*, pág. 37.

⁴² BESTEIRO RIVAS, J., «Artículo 49», en AA.VV., *Comentarios a la legislación de contratación pública*, (Coord. JIMÉNEZ APARICIO, E.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 778, tomo I.

Para ALMENAR BERENGUER⁴³, la LCSP continúa tipificando una serie de supuestos en los que el empresario, a pesar de gozar de plena capacidad de obrar y solvencia, no va a poder concurrir a la contratación pública por razones objetivas⁴⁴, sin que ello responda al ejercicio de ninguna potestad sancionadora⁴⁵, ya que no se trata de ninguna función represora o punitiva, como han declarado, entre otras, las SSTs de 28 de octubre de 2006, o la de 31 de mayo de 2007. Entiende este autor que los supuestos de prohibición de contratar regulados en el TRLCSP «responden en todo caso, de una u otra manera, a la necesidad de satisfacer el interés general, aun cuando en muchos casos no acaba de comprenderse la vinculación entre el motivo de la prohibición y la contratación administrativa, por lo que puede dudarse de su proporcionalidad».

Aclaró el Consejo de Estado el contenido de la prohibición de contratar distinguiéndolo de la incapacidad para contratar⁴⁶, en su Dictamen 830/1995, de 13 de julio de 1995: «La prohibición significa la selección normativa de unos valores o intereses jurídicos cuya protección se hace efectiva mediante la privación de efectos jurídicos al actuar contrario a los mismos. La incapacidad exige la definición de supuestos de inhabilidad para actuar jurídicamente mediante la realización de concretos negocios o actos jurídicos en razón de la falta de concurrencia de los requisitos mínimos que permitan discernir la existencia de un consentimiento libre y no viciado de quien tiene reconocida su capacidad jurídica general por el ordenamiento jurídico».

Como se adelantaba, la regulación de las prohibiciones para contratar⁴⁷ tiene por finalidad impedir que la ejecución del contrato sea encomendada a alguien que carece de la suficiente honorabilidad⁴⁸ profesional o que haya incurrido en supuestos de incompatibilidad para tal contrata-

⁴³ ALMENAR BERENGUER, J., «Capacidad y solvencia del empresario en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Actualidad Jurídica (Uria & Menéndez)*, núm. 19, (2008), pág. 4.

⁴⁴ Podríamos decir que las prohibiciones de contratar se configuran en la legislación como limitaciones del derecho a participar libremente en el tráfico jurídico con las entidades del sector público, fundamentadas en la comisión de determinados hechos constitutivos de delito, infracciones de diversa gravedad, u otras circunstancias.

⁴⁵ Por el contrario, el Consejo Económico y Social, en su Dictamen 4/06 aprobado en su sesión ordinaria del día 20 de febrero de 2006, pág. 23, dice que *las prohibiciones de contratar, teniendo en cuenta la relevancia que tienen para las empresas, deben ser consideradas como derecho sancionador y atenerse a los principios que lo rigen, máxime cuando al órgano de contratación se le permite instar estas prohibiciones, incluso, por nuevas circunstancias accesorias o puramente formales*. En el mismo sentido, RUIZ OJEDA, Dir., *Derecho de la contratación pública y regulada*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 180 y 181, defiende el carácter genuinamente sancionador de las prohibiciones de contratar reclamando la aplicación supletoria a su tramitación del Real Decreto 1398/1993, particularmente en lo relativo a los criterios de graduación a tener en cuenta a la hora de establecer las prohibiciones.

⁴⁶ Discusión bizantina, en opinión de BESTEIRO RIVAS, J., «Artículo 49», en AA.VV., *Comentarios a la legislación de contratación pública*, (Coord. JIMÉNEZ APARICIO, E.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 778, tomo I, *en la medida en que las consecuencias prácticas derivadas de la opción por una u otra de estas dos posibilidades no conlleva consecuencias distintas (al menos, por lo que se refiere a las previsiones legales de la normativa sobre contratación pública)*.

⁴⁷ Tiene su origen esta regulación del TRLCSP en el considerando 43 y el artículo 45 de la Directiva 2004/18/CE, que establecen la exclusión de la participación en un contrato público de cualquier candidato o licitador que haya sido condenado mediante sentencia firme por participar en organizaciones delictivas, corrupción, fraude, blanqueo de capitales, etc. Igualmente señala que podrá ser excluido de la participación en el contrato todo operador económico en estado de quiebra o concurso de acreedores, o que haya cometido una falta grave en materia profesional, o que no esté al corriente en sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de la Seguridad Social u obligaciones tributarias.

⁴⁸ «La honorabilidad es un concepto difuso y confuso, que evoca, por lo común, una «moralidad profesional» (art. 45 Directiva 2004/18, de 31 de marzo) y que debe distinguirse de la buena conducta o la carencia de antecedentes penales, ambos

ción⁴⁹. Con estas prohibiciones se trata de evitar que cualquier entidad del sector público contrae con personas que, en atención a su comportamiento o sus circunstancias, no son merecedoras de la debida confianza^{50, 51}. En el concreto caso que nos ocupa, responde a la idea de falta de fiabilidad en la capacidad del licitador para poder llevar adelante la ejecución del contrato⁵², o en la desconfianza que la situación de dificultad económica cierra sobre el empresario que la padezca, y ello aunque la declaración de insolvencia no hiciera alusión al ámbito estrictamente empresarial⁵³.

Su alcance ha de entenderse absoluto y sin excepciones⁵⁴, siguiendo el tenor literal de su párrafo introductorio (*no podrán*), por lo que los licitadores que incurran en las prohibiciones previstas no pueden contratar con el sector público en ningún caso, sea cual sea el contrato e incluso la naturaleza del mismo, tal y como se desprende de la doctrina jurisprudencial (STS de 4 de julio de 2006) en supuestos de aplicación del antiguo artículo 20 del TRLCAP. La concurrencia de las causas de prohibición habrá de apreciarse⁵⁵ al momento de la adjudicación⁵⁶. De perfeccionarse el contrato con licitador incurrido en causa de prohibición, nos encontraríamos ante la nulidad⁵⁷ de pleno derecho de la adjudicación⁵⁸, tal y como previene el artículo 32 b) del TRLCSP.

requisitos frecuentemente exigidos para la obtención de permisos o autorizaciones administrativas, y también de los calificativos de "persona non grata", porque el honor no merece por la calificación de un ayuntamiento en ese sentido (STC de 13 de noviembre de 1989). Sin embargo, y como detectó en su día el Tribunal Constitucional, si bien no puede admitirse el concepto abstracto de buena conducta con referencia a los comportamientos generales del individuo, sí es admisible como «noción concreta referida a conductas singulares jurídicamente debidas en razón del interés público protegido por la norma que impone dicho requisito» (Sentencia 114/1987, de 6 de julio; fund. jur. cuarto). BERMEJO VERA, J., «Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público», *RAAP*, núm. extraordinario, (2008), pág. 115, nota núm. 11.

⁴⁹ BESTEIRO RIVAS, J., «Artículo 49», en AA.VV., *Comentarios a la legislación de contratación pública*, (Coord. JIMÉNEZ APARICIO, E.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 780, tomo I.

⁵⁰ MEDINA ARNÁIZ, T., «El papel de la ley de contratos del sector público en el cumplimiento de la normativa sobre igualdad de género», *Actualidad Administrativa*, núm. 9, tomo 1, 2009, pág. 7. Añade la autora que la expresión utilizada por el Comité de las Regiones en su Dictamen sobre la Propuesta de Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras (DOCE C 144, de 16 de mayo de 2001, pág. 26), fue la de «operadores económicos informales».

⁵¹ «Evitar sospechas sobre las personas que intervienen en la gestión de los asuntos públicos», en palabras de MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 537.

⁵² BESTEIRO RIVAS, J., «Artículo 49», en AA.VV., *Comentarios a la legislación de contratación pública*, (Coord. JIMÉNEZ APARICIO, E.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 779, tomo I.

⁵³ MORELL OCAÑA, L., «Los requisitos de los contratos», *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (Dir. GÓMEZ-FERRER MORANT, R.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 137 y ss.

⁵⁴ FERRÁN DILLA, J., «Artículo 49», *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, (Coord. VÁZQUEZ GARRANZO, J.), Bosch, Barcelona, 2009, pág. 501, tomo I.

⁵⁵ Si bien el licitador deberá acreditar que no concurre prohibición de contratar en el momento de presentación de la proposición, que necesariamente debe ir acompañada, entre otros documentos, de una declaración responsable de que la empresa no está incurso en prohibición de contratar.

⁵⁶ En este sentido se pronuncia el TS, entre otras, en Sentencias de 14 de marzo de 1988, 20 de abril de 1992, 9 de julio y 18 de diciembre de 2001.

⁵⁷ La nulidad radical o de pleno derecho por causa de las prohibiciones de contratar se produce solamente en los contratos de las Administraciones públicas, sean públicos o privados—«no, por tanto, en los contratos del resto del sector público»—y en los sujetos a regulación armonizada, según BERMEJO VERA, J., «Las prohibiciones de contratar en la ley de contratos del sector público», *RAAP*, núm. extraordinario, 2008, pág. 113.

⁵⁸ Sin perjuicio de que el órgano de contratación pueda acordar que el empresario continúe la ejecución del contrato, bajo las mismas cláusulas, por el tiempo indispensable para evitar perjuicios al interés público correspondiente, según el artículo 32 del TRLCSP.

Constituyen, pues, las prohibiciones de contratar una barrera impeditiva de gran envergadura en la posibilidad de acceso a la contratación pública ⁵⁹, que, teniendo en cuenta los principios de publicidad, transparencia y, sobre todo, igualdad o no discriminación vigentes en el TRLCSP, deben tipificarse perfectamente a fin de que no supongan un ejercicio de arbitrariedad. Eso conlleva que han de encontrarse descritas con detalle en las leyes ⁶⁰, sin perjuicio de su eventual reiteración en los anuncios del contrato o en los pliegos del clausulado contractual.

3.3. Contenido de la prohibición

Llama la atención la equiparación que se produce, en tanto causa de prohibición, entre conductas constitutivas de infracciones penales o administrativas y la que ahora nos ocupa, caracterizada como situación de insolvencia económica, siquiera transitoria. La prohibición estudiada habrá de enmarcarse en el objetivo del legislador de establecer una serie de requisitos encaminados a conseguir que el contrato administrativo se cumpla sin riesgos para el tráfico jurídico, fijando una serie de criterios que hagan presumir la seriedad del contratista en el cumplimiento de sus compromisos y obligaciones jurídicas ⁶¹.

Para abordar el contenido de esta prohibición conviene desgranar las causas en las que se ha de encontrar incurso el licitador:

3.3.1. Solicitud de declaración de concurso voluntario

El contenido de este apartado de la causa de prohibición estudiada hay que buscarlo en el artículo 5.1 de la LC ⁶², que regula el llamado concurso voluntario en el que es el propio deudor el pri-

⁵⁹ BERMEJO VERA, J., «Las prohibiciones de contratar en la ley de contratos del sector público», *RAAP*, núm. extraordinario, 2008, pág. 116.

⁶⁰ STS de 9 de marzo de 1999 (en el mismo sentido que las SSTS de 20 de diciembre de 1995 y 18 de septiembre de 1996): *No es dudoso que la capacidad para contratar, y todo lo que sobre ella incide, como son las «prohibiciones para contratar», constituyen materia reservada en la ley... Es clara la improcedencia de introducir prohibiciones de contratar mediante normas que tengan rango inferior a la ley, y mucho más si tienen tan ínfima jerarquía normativa como la que corresponde a la que aquí es examinada (un pliego de condiciones particulares). A la citada conclusión no puede oponerse, seriamente, que la prohibición analizada tiene fundamento en la naturaleza de los contratos..., a los que va a ser aplicada. Y ello por la elemental consideración de que en materia de prohibiciones contractuales el límite lo establece la ley y no las peculiares relaciones contractuales que en cada caso se establezcan, en virtud de la individualidad de cada contrato. Es decir, en materia de prohibiciones contractuales administrativas el monopolio de su establecimiento corresponde a quien pertenece el poder de dictar normas con rango formal de ley. Las autoridades administrativas carecen de facultad para incorporar prohibiciones contractuales a los contratos que celebren, por muy razonables que puedan parecer estas.*

⁶¹ CEA AYALA, Á.: «Breves reflexiones acerca de las prohibiciones para contratar», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 67, 2007, pág. 26. Sostiene el autor que estamos ante un supuesto establecido por el legislador de falta de capacidad del contratista para proceder a la realización del contrato, dadas las dificultades económicas que sufre.

⁶² Prevé este apartado que «El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia».

mero o el único en solicitar del juez la correspondiente declaración concursal, poniéndolo en relación con los artículos 2 y 3 del mismo cuerpo legal ⁶³.

Subraya la mejor doctrina concursalista ⁶⁴ la aparente contradicción que depara que se califique como voluntario el concurso cuando al deudor se le impone, en términos tan claros como los que resultan de la rúbrica del precepto que comentamos, el deber de solicitar la declaración de concurso. En cualquier caso y en lo que al contenido de estas líneas respecta, resulta de absoluta trascendencia la modificación operada por el artículo 4 del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo. Esta modificación incluye el adjetivo «voluntario», lo que enmarca la solicitud del concurso en el mencionado artículo 5.1 de la LC, eliminando la posibilidad de que un licitador fuera apartado fraudulentamente por sus competidores del procedimiento para obtener la adjudicación de un contrato. A estos, con la regulación primigenia, les bastaba con ostentar la condición de acreedores del licitador «molesto» para instar la solicitud de concurso al amparo de lo previsto en el artículo 7 de la LC, con independencia del curso y resultado de tal solicitud ⁶⁵.

La insolvencia que ocasiona el cumplimiento de este deber de solicitar el concurso en plazo es predicable tanto de licitadores de personas físicas como jurídicas, teniendo en cuenta los diferentes momentos en los que unas y otras llegan a conocer que no pueden cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (cfr. art. 2.2 LC). Como destaca SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE ⁶⁶, es obvio, por regla general, que el estado de insolvencia de un deudor individual, generado en el marco de su actividad empresarial o profesional, puede ser fácilmente constatable. Mayor complicación puede presentar la detección de la insolvencia de los licitadores personas jurídicas, hasta el punto de que la mera valoración por el juez de su existencia puede requerir el auxilio de expertos. No se trata de una cuestión a resolver en el trámite de admisión, dado que en ese momento, la solicitud de concurso voluntario deberá ser admitida a partir de la mera acreditación del estado de insolvencia (art. 14.1 LC).

Y ello nos lleva a plantear, siguiendo la postura mantenida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) en su Informe 29/93 ⁶⁷, si basta que exista, en el momento de la selección de licitadores, solicitud de concurso de acreedores del empresario-licitador, conforme al expuesto artículo 5.1 de la LC, para que no quepa adjudicación a su favor, so pena de nulidad de

⁶³ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Los presupuestos de la declaración de concurso», *Comentarios a la Ley Concursal*, (Coords. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y SÁNCHEZ ÁLVAREZ), Madrid, 2004, pág. 86.

⁶⁴ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Deber de solicitar la declaración de concurso», *Comentarios a la legislación concursal*, (Directores SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ), Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 192.

⁶⁵ Por encima de las previsiones temporales del artículo 15 de la LC, la práctica diaria muestra que el auto declarando el concurso (art. 21 LC) se puede retrasar varios meses, habida cuenta del enorme volumen de asuntos que han de gestionar unos juzgados de lo mercantil pensados en un momento expansivo del ciclo económico y con unos medios, materiales y humanos, que se ven incapaces de superar la avalancha de procedimientos concursales generados por la crisis que atravesamos.

⁶⁶ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Deber de solicitar la declaración de concurso», *Comentarios a la legislación concursal*, (Directores SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ), Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 204.

⁶⁷ Informe 29/93, de 16 de febrero de 1994, «Efectos de la suspensión de pagos de los licitadores o contratistas en los contratos de determinación de tipo y en los contratos adjudicados por contratación directa en función de un contrato previo de determinación de tipo».

pleno derecho de tal adjudicación. En mi opinión, la simple solicitud de concurso de acreedores no puede producir el efecto indicado, ya que según señala el artículo 8 de la LC es el juez de lo mercantil el competente para conocer el concurso y, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la LC, deberá examinar la solicitud de concurso, verificando si hubiere sido producida en forma y acompañada de los documentos previstos en el artículo 6.2 de la LC. Cumplido lo cual, dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, resultare la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2 de la LC, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor. Por ello, los efectos que el artículo 60.1 b) del TRLCSP liga a la solicitud de concurso de acreedores voluntario deben entenderse referidos al momento en que judicialmente se tiene por solicitado el concurso, pues, caso contrario, no podría soslayarse el escenario planteado por el artículo 13.2 de la LC que impele al juez a dictar auto que declare no haber lugar a la admisión de la solicitud (siendo tal resolución susceptible de recurso de reposición).

Por tanto, la primera conclusión que debe mantenerse es la de que resulta imposible, so pena de nulidad de pleno derecho, la adjudicación de un contrato administrativo en favor de persona, física o jurídica, que haya solicitado la declaración de concurso de acreedores, judicialmente admitida, aun cuando no haya recaído resolución judicial declarando tal estado.

Y ello, a mi juicio, resulta incompatible con el espíritu que preside la legislación concursal, cuyo objetivo es la pervivencia de la empresa. Y es que, a resultas de la legislación de contratos públicos, una empresa cuya actividad principal sea contratación con las Administraciones, verá imposibilitado su objeto social con la mera solicitud de concurso, que, paradójicamente, busca la continuidad de empresas en crisis financiera o económica.

De igual trascendencia resulta plantearse las consecuencias jurídicas derivadas de la introducción, mediante la ya mencionada Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, del artículo 5 bis⁶⁸, que prevé que el deudor pueda poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Transcurridos tres meses desde esa comunicación, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia.

⁶⁸ Al tiempo que su disposición derogatoria única derogaba expresamente el apartado 3 del artículo 5, que había sido introducido en la reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. Este apartado tercero, en paralelo con el nuevo artículo 5 bis, recogía la dispensa de la obligación de instar concurso voluntario al deudor que, en estado de insolvencia actual, hubiera iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo de dos meses, lo pusiese en conocimiento del juzgado competente. Por tanto, a diferencia de la regulación vigente, no contemplaba los acuerdos de refinanciación como causa que exime al deudor, temporalmente, de la obligación de solicitar el concurso.

No cabe duda, a mi juicio, que tal comunicación no encaja en el supuesto de prohibición de contratar analizado, toda vez que resultaría paradójico que la comunicación de la iniciación de negociaciones que puedan evitar el concurso conlleve tal prohibición ⁶⁹.

En definitiva, un licitador que haya solicitado la declaración de concurso voluntario de acreedores por encontrarse en un estado de insolvencia inminente pero no actual (art. 2.3 LC) incurre en prohibición de contratar con el sector público; en cambio, un licitador cuyos saldos contables, incluso auditados, presentan un desbalance que acredita un estado de insolvencia actual no incurre en prohibición de contratar con el sector público si, en lugar de solicitar la declaración de concurso, comunica al juzgado de lo mercantil competente que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio ⁷⁰. Esta aparente contradicción ha de valorarse atendiendo a una ponderación de los intereses públicos concurrentes y se advierte que lo procedente no sería extender la prohibición a la comunicación sino, por el contrario, reconsiderar esa prohibición en caso de solicitud de concurso voluntario por insolvencia inminente ⁷¹.

3.3.2. Declaración de insolvencia en cualquier procedimiento

La figura del licitador insolvente se da en aquellos supuestos en los que no se pueden satisfacer las deudas por carecer de recursos económicos, y el artículo 60.1 b), en su segunda acepción, sitúa la circunstancia de haber sido declarado insolvente en cualquier procedimiento como causa de prohibición de contratar. Hemos de constatar, por lo tanto, en qué procedimientos ⁷² puede darse el hecho de tal declaración de insolvencia, verificado lo cual, el órgano contratante tendrá por excluido del procedimiento de contratación al licitador declarado insolvente.

3.3.2.1. La declaración de insolvencia en el proceso de ejecución civil y laboral

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) no destina ni prevé, al regular el proceso de ejecución ⁷³, ninguna norma dirigida a la declaración de insolvencia del deudor y sus consiguientes efectos en el proceso. La LEC regula una vía de apremio que solo puede acabar con la

⁶⁹ GUAYO CASTIELLA, I., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 37.

⁷⁰ Dispone el artículo 105 de la LC que no podrá presentar propuesta anticipada de convenio el concursado que hubiere sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, o hubiese incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

⁷¹ LINARES GIL, M.I., «Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el Real Decreto-Ley núm. 6/2010», *Revista de Derecho consursal y Paraconsursal*, núm. 14, 2011, pág. 197.

⁷² Matiza FERNÁNDEZ TORRES, I., («Concurso y contratos con el sector público en el marco Real Decreto 3/2009 y de la nueva Ley de Contratos con el Sector Público», *Revista de Derecho consursal y Paraconsursal*, núm. 11, 2009, pág. 273) que debe entenderse que aquí tienen cabida también los supuestos de las personas declaradas insolventes al margen de la LC española, cuando el licitador sea una persona extranjera.

⁷³ Libro III, Título III, arts. 538 y ss.

satisfacción íntegra del ejecutante ⁷⁴. De este modo, ni la insolvencia del ejecutado ni la imposibilidad del cobro permite solventar el proceso de ejecución. En ambos supuestos la ejecución ha fracasado y esta situación debería llevar, sin más, al archivo del proceso.

En este sentido tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional, que fijó muy claramente sus límites en su Sentencia 18/1997, de 10 de febrero, afirmando que «en el iter procesal de la ejecución de una sentencia dictada en el ámbito laboral bien puede suceder que, tras la práctica de las distintas diligencias averiguatorias señaladas, el proceso se archive por insolvencia total o parcial del ejecutado, cuando no se encontraren bienes o bienes suficientes en los que hacer traba o embargo. La declaración por parte del juez de la insolvencia del deudor y el consiguiente archivo de las actuaciones son facultades que la ley concede al órgano judicial en determinadas circunstancias; por lo que, de concurrir estas, aquel acuerdo no vulnera por sí mismo derecho fundamental alguno». (...) «Mas ello, como se ha dicho, no afecta a la integridad de la tutela judicial efectiva, pues el artículo 24.1 de la Constitución Española no garantiza la solvencia de los deudores (STC 171/1991, fund. jur. cuarto)».

Pone de relieve SOLAZ SOLAZ ⁷⁵ que gracias a los convenios firmados por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria el 27 de mayo de 1998 y la Tesorería General de la Seguridad Social el día 17 de marzo de 2003, los órganos ejecutores disponen de información en tiempo real sobre la situación patrimonial de los ejecutados, siendo ya habitual que al despacho de ejecución siga una única diligencia de averiguación de bienes. Así las cosas, si la ejecución busca principalmente la satisfacción del título ejecutivo mediante el ataque al patrimonio del ejecutado y este carece del mismo, no hay obstáculo para una declaración de insolvencia que suponga el archivo provisional de la ejecución a pesar de la inexistencia de previsión legal específica.

3.3.2.2. La declaración de insolvencia en el proceso penal

En el proceso penal, las especialidades de la insolvencia afectan más bien al proceso de declaración que al proceso de ejecución. En realidad, si tenemos en cuenta que el proceso es normalmente iniciado de oficio y, en cualquier caso, ininterrumpidamente tramitado por el juez instructor, este tiene la obligación antes de abrirse la fase de juicio oral, de declarar la solvencia o insolvencia del imputado, para en el primer caso proceder al embargo de sus bienes –si no afianza suficientemente las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse– y, en segundo lugar, proceder eventualmente contra los bienes de los terceros responsables civiles subsidiarios.

La declaración de insolvencia se efectúa en la llamada pieza de responsabilidad civil, mandada formar con las diligencias instruidas sobre fianza y embargo (art. 590 Ley de Enjuiciamiento Criminal

⁷⁴ Dispone el artículo 570 de la LEC, bajo el epígrafe «Final de la ejecución», según la redacción dada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que «La ejecución forzosa solo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante, lo que se acordará por decreto del secretario judicial, contra el cual podrá interponerse recurso directo de revisión».

⁷⁵ Véase para el desarrollo de todo este punto del tratamiento de la insolvencia en los procedimientos civil y penal el interesantísimo artículo de SOLAZ SOLAZ, E., *Enciclopedia jurídica*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 6.694 y ss.

–LECrIm.–). En el procedimiento ordinario esta pieza separada se contempla en los artículos 589 a 614 de la LECrIm., realizando el último de los artículos una expresa remisión a la legislación aplicable, siendo esta la legislación civil sobre fianzas y embargos recogida en los artículos 584 y siguientes de la LEC; en el procedimiento abreviado es el artículo 764 de la LECrIm. el que se remite a la LEC en cuanto a las medidas cautelares pecuniarias.

No contiene precepto alguno la LECrIm. sobre la conducta a adoptar en el supuesto de que no se encontraran bienes en el acto del embargo. En principio, bastaría la inexistencia de bienes en el acto del embargo para dar por terminada la pieza de responsabilidad civil. Sin embargo, dado el carácter público del proceso penal, el juez de instrucción debe adquirir además la convicción de que estos no existen. Para ello, en la práctica se toma declaración a uno o más testigos, a veces presentados por el propio imputado o responsable, y de manifestar que estos carecen de bienes se decreta la insolvencia del responsable. En la actualidad, es el instructor el que se dirige a los registros (Registros de la Propiedad, de Bienes Muebles, Jefatura de Tráfico) y organismos públicos (Tesorería General de la Seguridad Social, INEM, etc.) para averiguar la existencia de bienes o derechos sobre los que trabar embargo, solo procediéndose a la declaración de insolvencia si el resultado de estas averiguaciones, y aquellas otras interesadas por las acusaciones o actores civiles, demuestran la inexistencia de bienes del imputado o responsable civil.

3.3.3. Declaración de concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio

Siguiendo a ETXARANDIO HERRERA ⁷⁶, se puede dividir el procedimiento concursal en tres grandes fases:

1. Una inicial o constitutiva, hasta que se declara el concurso y se constituye al deudor en el estatus jurídico de concursado, y que supone la solicitud del deudor, o el ejercicio de una pretensión por tercero –por antonomasia el acreedor– contra este, y que termina con una resolución que, bien cierra el paso al juicio universal, o bien lo inicia o abre, nombrando la administración concursal, y haciendo llamamiento al colectivo de acreedores del deudor, con lo que se constituyen las masas.
2. La intermedia o dictaminadora, de conformación de las masas, en que la Administración concursal debe emitir un informe acerca de la insolvencia que ha justificado el predicho cambio jurídico, con el inventario de todo el patrimonio del deudor al momento de la declaración o masa activa, y una lista de todos los acreedores, los integrantes de la masa pasiva.
3. La final, solutoria o satisfactoria, hasta su conclusión, en que se bifurcan dos vías, alternativas o sucesivas, la contractual del preferido convenio, y en su defecto, es decir, sustituyendo lo contractual por lo ejecutivo, la de liquidación general, que es venta pública de la masa activa en satisfacción de los créditos contra la misma que resten y los de la masa.

⁷⁶ ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho concursal*, La Ley, Madrid, 2009, pág. 181.

La finalización de la mencionada como primera fase se produce con lo previsto en el artículo 21 de la LC, es decir, con la notificación del auto de declaración del concurso⁷⁷ de cuyo contenido se ocupa el meritado artículo, con independencia de que el concurso tenga la consideración de voluntario (cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor) o necesario (en los demás casos, matiz que impide el hipotético fraude procedimental, ya aludido, consistente en que algún otro licitador-acreedor inste la declaración del concurso de un licitador con la única finalidad de forzar la prohibición de concurrencia del mismo)⁷⁸.

Este auto de declaración de concurso es causa de prohibición de contratar, salvo que a lo largo del procedimiento adquiera eficacia un convenio. Dicho auto producirá sus efectos de inmediato, abrirá la fase común de tramitación del concurso, y será ejecutivo aunque no sea firme⁷⁹. Y dicho auto, entre otros extremos, contendrá, en su caso, la indicación de que el deudor concursado ha presentado propuesta anticipada de convenio⁸⁰, lo que abriría la vía a la posible excepción a la prohibición de contratar que la mera declaración del concurso conlleva.

Así pues, desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, el deudor que no hubiese pedido la liquidación podrá presentar ante el juez propuesta anticipada de convenio⁸¹. Transcurrido ese plazo, el deudor o sus acreedores podrán, con los efectos de enervar la prohibición de contratar prevista en el TRLCSP, caso de adquirir eficacia, proponer convenio que evite la liquidación de la concursada⁸².

⁷⁷ La declaración de concurso no se produce nunca de oficio, sino que ha de ser a instancia de parte, según recoge, para la anterior legislación concursal, la STS de 17 de abril de 1991.

⁷⁸ Según dispone el artículo 22 de la LC, que además considera necesario el concurso *cuando, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque este hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado*.

⁷⁹ La ejecutividad implica que, aunque se interponga recurso de reposición contra el auto de declaración del concurso al amparo de lo previsto en el artículo 197.2 y 3 de la LC, la interposición del recurso no va a suspender la posibilidad de que las decisiones adoptadas en el auto puedan ser susceptibles de ejecución, es decir, el recurso no producirá efecto suspensivo alguno.

⁸⁰ Hasta la reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2009 nuestra legislación concursal contenía una prohibición de presentar propuesta anticipada de convenio (art. 105.1.6.º LC).

⁸¹ Da cuenta GUTIÉRREZ GILSANZ, A., («La liquidación concursal anticipada», *RDM*, 2009, núm. 274, págs. 645 y ss.) del uso de esta figura, destacando que, pese a las esperanzas depositadas por el legislador, la realidad es que ha sido muy escasamente utilizada: en el 2005, solo en 15 de los 1001 concursos declarados, se tramitó propuesta anticipada de convenio, lo que supone el 1,49 por 100; en el 2006, 4 de 968, es decir, el 0,41 por 100; en el 2007, 5 de 1147, que significa el 0,43 por 100; en el 2008, 5 de 3298, que supone el 0,15 por 100; y en el 2009, 51 de 5922, es decir, el 0,86 por 100.

⁸² La Exposición de Motivos de la LC, en su apartado VI, subraya la intención del legislador de instituir el convenio como la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud. La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no solo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses. El informe preceptivo de la Administración concursal es una garantía más de esta solución.

Esa propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas, y no siendo válidas las que lleven aparejada cualquier clase de condición⁸³, pudiendo los acreedores adherirse pura y simplemente.

Hasta el Real Decreto-Ley 6/2010, los efectos del convenio sobre la contratación administrativa eran discutidos⁸⁴ y la prevención sobre el hecho de que fueran adversos ocasionaba que se recurriese a la figura del convenio en menor medida que lo que pretendía la legislación concursal. Tras la reforma, algunos efectos negativos del concurso sobre el deudor contratista desaparecen, resultando palmario que decae la prohibición de contratar al alcanzar eficacia el convenio.

Cabe, pues, preguntarse por el momento en el que se alcanza tal eficacia. La respuesta la encontramos en el artículo 133 de la LC, que dispone que el convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que el juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza⁸⁵.

Es claro, por tanto, que el licitador concursado que alcance un convenio con sus acreedores, aprobado judicialmente por sentencia firme, queda facultado y autorizado para concurrir a contratación pública sin que le resulte oponible la prohibición del artículo 60.1 b)⁸⁶, aun en el supuesto de que el cumplimiento de tal convenio se dilate en el tiempo en virtud de los acuerdos de quita y espera que pueda contener.

⁸³ Salvo en los concursos conexos, según lo establecido en el artículo 101.2 de la LC.

⁸⁴ TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, Sentencia de 29 de junio de 2004; Ponente: Martí García, Antonio, rec. núm. 5687/2000, Jurisdicción: Contencioso-Administrativa: «si está acreditado que la empresa adjudicataria del contrato de obras solicitó, el 9 de noviembre de 1993, ser declarada en estado de suspensión de pagos, y el expediente terminó por Auto de 10 de octubre de 1994, que aprobó el convenio propuesto en Junta de Acreedores, es claro que no se puede aceptar que la citada empresa en la fecha de adjudicación del contrato "11 de marzo de 1997", estuviese afectada por la prohibición de contratar que establece el artículo 20 b) de la LCAP en la redacción anterior a la LC, ya que la norma refiere la prohibición, a haber iniciado y por tanto estar en expediente de suspensión de pagos, y propiamente, cuando el órgano judicial aprueba el convenio, ya termina el expediente, y cesa la situación de insolvencia que lo justificó. Así, no cabe entender que la prohibición referida alcance desde el inicio del expediente de suspensión de pagos hasta el pleno y total cumplimiento del convenio pues, por un lado, esa no es la prohibición establecida por la norma y, por otro, incluso se podía entender, que el suspenso está rehabilitado, por y desde que el órgano judicial aprueba el convenio, pues este pone fin a la situación de insolvencia que justificó la suspensión de pagos, y crea una nueva situación, que al haber sido aceptada por las partes, ya técnicamente no es la situación de insolvencia que justifica y autoriza la suspensión de pagos».

⁸⁵ Señala DÍAZ ECHEGARAY, J.L., (*Manual práctico de Derecho concursal*, Edic. Experiencia, Barcelona, 2012, pág. 433), que otra excepción a la regla general se contiene en el artículo 129.4 de la LC, que anticipa la eficacia del convenio, al permitir al juez que, al admitir a trámite la oposición y emplazar a las demás partes para que contesten, tome cuantas medidas cautelares procedan para evitar que la demora derivada de la tramitación de la oposición impida, por sí sola, el cumplimiento futuro del convenio aceptado, en caso de desestimarse la oposición, señalando que entre estas podrá acordar que se inicie el cumplimiento del convenio aceptado, bajo las condiciones provisionales que determine.

⁸⁶ En este mismo sentido hay pronunciamientos jurisprudenciales que, incluso con la rígida normativa anterior, abogaban por esta interpretación. Sirva como ejemplo la STS de 29 de junio de 2004.

3.3.4. Intervención judicial

La intervención judicial⁸⁷ como causa de prohibición de contratar está referida a las previsiones contenidas en la Sección VII de la LEC, artículos 630 a 633, en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. Así, tendrán vedado su acceso a licitar en virtud de la prohibición del artículo 60.1 b) aquellas empresas en las que se haya decretado la intervención judicial por haber resultado embargadas acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación. También podrá acordarse la intervención judicial de la empresa para la garantía del embargo de frutos y rentas, siempre que la naturaleza de los bienes y derechos productivos, la importancia de los intereses, las rentas o los frutos embargados o las circunstancias en que se encuentre el ejecutado razonablemente lo aconsejen, o cuando se comprobare que la entidad pagadora o perceptora o, en su caso, el mismo ejecutado, no cumplen la orden de retención o ingreso de esos frutos y rentas.

Si se acuerda la administración judicial de una empresa o grupo de ellas, el secretario judicial deberá nombrar un interventor designado por el titular o titulares de la empresa o empresas embargadas y si solo se embargare la mayoría del capital social o la mayoría de los bienes o derechos pertenecientes a una empresa o adscritos a su explotación, se nombrarán dos interventores, designados, uno por los afectados mayoritarios, y otro, por los minoritarios, debiendo inscribirse el nombramiento de administrador judicial en el Registro Mercantil. También se anotará la administración judicial en el Registro de la Propiedad cuando afectare a bienes inmuebles.

El sentido de la prohibición de contratar en este supuesto, en paralelo a las previsiones para caso de concurso de acreedores, es impedir el acceso a la contratación con el sector público a los licitadores cuya falta de solvencia económica queda acreditada en procedimientos exógenos y previos al propio marco contractual.

3.3.5. Inhabilitación judicial

El último inciso de este apartado 1 b) del artículo 60 del TRLCSP configura como causa de prohibición de contratar la inhabilitación judicial, para cuya definición habrá de recurrirse nuevamente a la legislación concursal. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, dedica su Título VI a la calificación del concurso, que podrá ser considerado fortuito o culpable⁸⁸.

⁸⁷ Véase al respecto el trabajo de GARCÍA VILLAVARDE, R., «La nueva administración judicial de empresas embargadas», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 34, 2001, págs. 13-30.

⁸⁸ Dispone el artículo 164 de la LC que el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

La calificación procederá con independencia de que el concurso concluya con convenio o con liquidación de la concursada ⁸⁹, y será preciso que la Administración concursal presente al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores.

A la vista de ese informe y de, en su caso ⁹⁰, el dictamen del Ministerio Fiscal y de los escritos de los interesados, se dictará sentencia que declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación y decidirá la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de 2 a 15 años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos. En el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el periodo de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos.

Así configurada la inhabilitación, impedirá al inhabilitado concurrir a licitaciones por hallarse incurso en la causa de prohibición estudiada hasta que transcurra el plazo para el que fuere inhabilitado.

3.4. Declaración de concurrencia de esta prohibición de contratar y efectos

Se regula en el artículo 61 del TRLCSP ⁹¹, que tiene su antecedente en el artículo 21 del TRLCAP, de donde se deduce que esta causa se apreciará directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que la determinan ⁹².

El artículo 73 del TRLCSP regula la prueba de la no concurrencia de una prohibición de contratar de forma análoga a como se realizaba en el TRLCAP, mediante la aportación de testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos y cuando no sea posible por una declaración responsable del licitador ante una autoridad administrativa, notario u organismo profesional cualificado.

⁸⁹ Sin embargo, no procederá la formación de la sección de calificación del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido.

⁹⁰ Una vez unido el informe de la Administración concursal, el secretario judicial dará traslado del contenido de la sección sexta al Ministerio Fiscal para que emita dictamen en el plazo de 10 días. Si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen en plazo, seguirá su curso el proceso y se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación.

⁹¹ No ha de olvidarse que, por lo que respecta a la declaración de concurso como causa de prohibición, el artículo 67.1 de la LC dispone que 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.

⁹² SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Efectos de la Ley Concursal en el ámbito de los contratos de las Administraciones públicas», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 25, noviembre 2003, pág. 64.

El certificado administrativo se ha de emitir por el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de acuerdo con el artículo 83 del TRLCSP, si bien solo acreditará la ausencia de las prohibiciones que deban figurar en el mismo.

Iguales efectos tendrá el certificado comunitario de clasificación previsto en el artículo 84 del TRLCSP, por lo que deberá completarse con una declaración responsable del licitador de no estar incurso en prohibición para contratar de conformidad con lo previsto en el apartado c) del artículo 146.1 del TRLCSP.

A su concurrencia⁹³, es decir, al momento de formalización del contrato⁹⁴, se le aplica la sanción más grave del ordenamiento jurídico, la nulidad de pleno derecho –frente a la mera anulabilidad que predica de los supuestos de incapacidad el Derecho civil–, tal como se encarga de recordar, enlazando con la solución tradicional de nuestro Derecho, el artículo 32 b) del TRLCSP. En cualquier caso, y como puso de manifiesto el Consejo de Estado en el Dictamen 2717/2000, de 4 de octubre, procederá liquidar el contrato (art. 35.1 TRLCSP) e indemnizar los perjuicios ocasionados a la Administración. Si se producen sobrevenidamente, siguiendo el criterio de la STS de 4 de octubre de 2005, folio 3⁹⁵, no determinarían la nulidad del contrato, pero podrían dar lugar a su resolución si hubieran sido previstas expresamente como tales en el contrato.

Aprécia GUAYO CASTIELLA⁹⁶ una contradicción en el inciso tercero de este artículo 35 del TRLCSP, ya que, aduce, su contenido implica que los efectos de un contrato formalizado entre una Administración pública y un empresario concursado, siendo nulo, puede continuar ejecutándose si así lo dispone la Administración. Esta posibilidad estaría en contraste, a juicio del autor, con la obligación de resolver el contrato. Por mi parte, entiendo que el bien jurídico a proteger, el servicio público continuado y sin menoscabo, prevalece hasta que se adopten las medidas urgentes tendentes a evitar el perjuicio que ocasione la declaración de nulidad.

⁹³ CEPEDA MORRÁS, J., YÁÑEZ DÍAZ, C., y otros, *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, Tirant, Valencia, 2008, pág. 232.

⁹⁴ La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación (entre otras) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cambia sustancialmente el contenido de la *perfección y forma* en los contratos públicos. El cambio es de tal magnitud que afecta a la naturaleza misma de lo que se había venido entendiendo por momento de la perfección de los contratos públicos y el carácter no constitutivo de su formalización. La nueva redacción de esta figura hace coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo, sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que deriven de la posible interposición del recurso, tal y como se deduce de la nueva redacción del artículo 27 del TRLCSP. De tal manera que la formalización pasa a ser constitutiva del contrato y no meramente declarativa, alterándose el carácter antiformalista de la contratación pública en relación con los contratos celebrados por poderes adjudicadores para dar cumplimiento a las exigencias de la Comisión Europea. Así, se entenderán perfeccionados con su formalización los contratos que celebren los poderes adjudicadores, salvo aquellos contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada, que se perfeccionarán de conformidad con la legislación por la que se rijan. En el resto de los contratos, celebrados por quien no tiene la condición de Administración pública (siempre y cuando no sean contratos sujetos a regulación armonizada), habrá que acudir a las normas generales sobre perfección de los contratos (arts. 1.258 y 1.262 CC, y 51 y 54 CCom.).

⁹⁵ STS de 4 de octubre de 2005: *la nulidad de un contrato por concurrencia de una prohibición de contratar se produce cuando el mismo se hubiera celebrado concurriendo dicha causa de nulidad, mientras que la resolución de los contratos opera por causas posteriores y presupone la existencia de un contrato válido. Ahora bien, las causas de nulidad pueden jugar como causas de resolución si así se prevé expresamente en el contrato (en el caso examinado, en el pliego de cláusulas administrativas particulares).*

⁹⁶ GUAYO CASTIELLA, I., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 45.

Finalmente, en este punto, poner de relieve otra situación que revela cierta incoherencia legislativa, cual es la que representa el artículo 173 del TRLCSP, que admite la adjudicación mediante el procedimiento negociado de los contratos de suministro, entre otros supuestos, 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. ¿Cómo será posible, se pregunta LINARES GIL⁹⁷, adjudicar un contrato de suministro a quien está incurso en prohibición para contratar? Además, la necesaria concertación «con los administradores de un concurso», continúa el autor, ¿implica que solo será posible la adjudicación en caso de sustitución de las facultades del concursado y no cuando el auto de declaración del concurso acuerde la mera intervención de la administración patrimonial que conserva el concursado? No podemos por menos que coincidir en la perplejidad que despierta esta regulación.

4. EL CONCURSO DE ACREEDORES COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

4.1. Introducción

Como acertadamente afirma el profesor GARRIDO FALLA⁹⁸, las garantías procedimentales que la ley impone a la Administración para la elección del contratista o concesionario demuestran que el contrato administrativo se concluye *intuitu personae*. De aquí que la muerte o el estado de quiebra del contratista se considere causa resolutoria del contrato.

La resolución es un modo de extinción de los contratos administrativos, según se puede ver en el artículo 221 del TRLCSP, que prevé que los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución. La mención legal hace referencia a la «resolución», diferenciándola netamente de la figura de la «rescisión», con la que comparte difusas fronteras terminológicas. En efecto, la jurisprudencia⁹⁹, la doctrina tradicional y la legislación fundacional de la contratación administrativa utilizaban de manera indistinta y con carácter de sinónimos ambos términos. Sin embargo, a mi juicio, resolución y rescisión constituyen dos modos de extinción anticipada de los contratos perfectamente diferenciados en la legislación común (arts. 1.124 y 1.290 CC, respectivamente). En tal sentido, entiendo que la resolución constituye una extinción sobrevenida de la relación contractual que se produce como consecuencia de una declaración de voluntad o de una acción ejercitada por una de las partes, que no es sin embargo reflejo de una facultad absolutamente libre, sino que tiene que encontrarse funda-

⁹⁷ LINARES GIL, M.I., «Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el Real Decreto-Ley núm. 6/2010», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, 2011, pág. 201.

⁹⁸ GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 7.^a ed., Madrid, 1986, pág. 139. En el mismo sentido VILLAR PALASÍ, J.L., *Lecciones sobre contratación administrativa*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1969, pág. 285.

⁹⁹ El TS se decantó por la utilización del término rescisión en lugar de el de resolución en diversas Sentencias, como las de 19 de febrero de 1930, 10 de julio de 1934, 19 de octubre de 1935, 3 de marzo de 1942, 19 de enero de 1944, 22 de abril de 1947, 29 de noviembre de 1950, 26 de febrero de 1952, etc.

da en una hipótesis o supuesto de hecho a tal efecto previsto por la ley ¹⁰⁰. Se podría afirmar, por tanto, que mientras que la resolución del contrato procede por incumplir su obligación uno de los contratantes, la rescisión está establecida para cuando el cumplimiento de un contrato, formalmente válido y definitivo, produzca lesiones patrimoniales a alguna de las partes ¹⁰¹.

En concreto, dispone el artículo 223 b) del TRLCSP ¹⁰² que será causa de resolución del contrato la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento. Hemos de poner en relación este artículo con lo dispuesto en el artículo 67 de la LC que, como ha quedado dicho, reserva el régimen de la legislación concursal, en cuanto a sus efectos y extinción, a los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con Administraciones públicas; mientras que remite al TRLCSP como régimen aplicable a los contratos de carácter administrativo celebrados por el concursado con Administraciones públicas ¹⁰³.

La definición de lo que hayamos de entender por unos y otros la encontramos en los artículos 18 y siguientes del TRLCSP, de donde se puede deducir, en lo que aquí interesa, que tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración pública:

- 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 la categoría 26 del mismo anexo no tendrán carácter administrativo.
- 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 aquella, 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.

A sabiendas de que los contratos administrativos se regirán, por lo que aquí nos ocupa relativo a sus efectos y extinción, por el TRLCSP y sus disposiciones de desarrollo, y que supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado, hemos de concluir que para verificar los efectos que la declaración de concurso vierte

¹⁰⁰ BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 28, remitiéndose en su nota número 13 a la *Enciclopedia jurídica*, vol. IV, Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1995, pág. 5.889.

¹⁰¹ Conocido es que tiene su origen en la *restitutio in integrum*, el *interdictum fraudatorium* y la *laesio enormis* del Derecho romano.

¹⁰² En particular, el TRLCSP regula las causas y efectos de la resolución de las figuras contractuales específicas en preceptos diferentes en cada caso, según se trate de los contratos de obras (arts. 237 a 239), concesión de obras públicas (269 a 272), gestión de servicios públicos (286 a 288), suministro (299 y 300), y servicios (308 y 309).

¹⁰³ Matiza GARCÍA DE LA CALZADA, M., «Artículo 206», en AA.VV., *Comentarios a la legislación de contratación pública*, (Coord. JIMÉNEZ APARICIO, E.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 970, tomo I, que esta figura se integra en el abanico de las denominadas prerrogativas de la Administración en la contratación pública, justificadas en el interés público a que se vincula el contrato, permitiendo a aquella decidir unilateralmente sobre la concurrencia de causa de extinción del contrato y sus eventuales consecuencias, de forma ejecutoria.

sobre el contrato administrativo suscrito por las Administraciones públicas habrá de estarse a las disposiciones de Derecho administrativo en lugar de a lo previsto en la legislación concursal, aplicable a los que el artículo 20 del TRLCSP define como contratos privados ¹⁰⁴.

Y ello no carece de importancia toda vez que la legislación concursal persigue, como se explica en la Exposición de Motivos de la LC, el mantenimiento de la actividad del concursado, de manera que establece que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, teniendo por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes ¹⁰⁵.

Esa es la razón por la que resultan inadmisibles en los contratos privados del sector público las cláusulas contractuales que establezcan la declaración de concurso como causa de resolución del contrato. Esos contratos privados se sujetan a la LC y una cláusula de aquel tipo habría requerido una ley habilitante que permitiese pactar la extinción del contrato en caso de declaración de concurso de acreedores. A estos efectos, no constituye norma habilitante el artículo 223, letra h) del TRLCSP, pues solo es aplicable a los contratos administrativos del sector público, no a los contratos privados del sector público ¹⁰⁶.

4.2. Antecedentes

No es novedosa la inclusión de la declaración de concurso como causa de resolución de los contratos administrativos ¹⁰⁷. En el artículo 49 del Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obras Públicas, aprobado por Real Decreto de 7 de diciembre de 1900, se introdujo una referencia explícita a la quiebra del contratista como un caso más de «rescisión» del contrato ¹⁰⁸.

Por su parte, la LCE de 1965 no contenía una regulación uniforme de las causas de resolución de los contratos administrativos, contemplando en su artículo 52 las causas de resolución del contrato de obras, entre las que figuraban la declaración de quiebra o de suspensión del pagos del contratista; en el artículo 75 las causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos; y en el

¹⁰⁴ Recuerda GUAYO CASTIELLA, I., (*Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 69-70) que, en cambio, ambos tipos de contratos tienen en común que los actos de preparación y adjudicación (los llamados *actos separables*) se rigen por normas de Derecho administrativo.

¹⁰⁵ Artículo 61 de la LC.

¹⁰⁶ LINARES GIL, M.I., «Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el Real Decreto-Ley núm. 6/2010», *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, núm. 14, 2011, pág. 199.

¹⁰⁷ Una temprana aproximación a la figura de la resolución de los contratos por causa de quiebra, concurso o suspensión de pagos se puede ver en: GASCÓN HERNÁNDEZ, J., «Rescisión y resolución de los contratos administrativos», *REP*, núm. 7-8, 1942, págs. 243 y ss; GASTÓN JÉZE, *Principios generales del derecho administrativo*, De Palma, Buenos Aires, 1950, pág. 196; ÁLVAREZ-GENDÍN, S., *Manual de derecho administrativo español*, Bosch, Barcelona, 1954, pág. 379; LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, F., «El término en el contrato administrativo de obra», *RAP*, núm. 97, 1982, pág. 299.

¹⁰⁸ «En caso de muerte o quiebra del contratista, quedará rescindida la contrata, a no ser que los herederos o síndicos de la quiebra ofrezcan llevarla a cabo bajo las condiciones estipuladas en ella. La Administración puede admitir o desechar el ofrecimiento, sin que en el último caso tengan los interesados derecho a indemnización alguna».

artículo 273 del Reglamento General de Contratación del Estado aparecían las causas de resolución del contrato de suministros ¹⁰⁹.

Más recientemente, la LCAP de 1995 estableció en su artículo 111 una regulación general, para todos los tipos de contratos, de las causas de resolución, sin perjuicio de referirse a las causas de resolución específicas de cada contrato típico al abordar la regulación especial de cada uno de estos. En concreto, en su apartado b) disponía que es causa de resolución del contrato «la declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento o el acuerdo de quita y espera». Este precepto fue posteriormente reformado por la disposición final decimotercera de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, quedando redactada la causa de resolución como «la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento», que será el tenor literal que se recoja posteriormente en la LCSP y, como se ha anticipado, en el artículo 223 b) del TRLCSP.

4.3. Caracterización de esta causa de resolución

4.3.1. Declaración de concurso

A diferencia de lo antedicho respecto a la situación concursal como causa de prohibición de contratar, para que constituya causa de resolución ha de haberse dictado el auto de declaración del concurso no bastando la simple solicitud de declaración ¹¹⁰.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 224.2 del TRLCSP, la resolución contractual es automática y no potestativa ¹¹¹ para los supuestos en los que el contratista se encuentre concursado en un procedimiento en el que se haya abierto la fase de liquidación ¹¹². Pero a pesar de este automatismo,

¹⁰⁹ Vigente esta norma se produjeron los pronunciamientos sobre esta materia del Consejo de Estado, recogidos en sus Dictámenes 46155, de 29 de marzo de 1984, 48864, de 28 de febrero de 1986, y 1656, de 27 de enero de 1993; y el Informe de la JCCA 29/1993, de 16 de febrero de 1994, sobre los efectos de la suspensión de pagos y el diferente alcance como prohibición de contratar y como causa de resolución del contrato.

¹¹⁰ Afirmación no por hoy evidente menos conflictiva en el pasado. Así, la STS de 5 de marzo de 1985 consideró meras dilaciones procesales el argumento de una sociedad contratista que se oponía a la resolución contractual porque al tiempo de dictarse el acuerdo municipal resolutorio del contrato la adjudicataria aún no había sido declarada en suspensión de pagos, determinando la inoperancia y total carencia de virtualidad de tales argumentos «ya que no cabe ignorar, en cuanto al formalista pretexto de la fecha de la declaración del estado legal de suspensión de pagos de la sociedad recurrente, que cuando se resolvió el contrato por la Administración ya se había solicitado, por acto propio libre y voluntario de la compañía mercantil y con invocación de la peculiar situación financiera que constituye el presupuesto fundamental de dicha ordenación, la declaración judicial de la misma, ni que después, pero con anterioridad a la sentencia de primera instancia, se procedió a la disolución de la sociedad por escritura pública de 10 de enero de 1980».

¹¹¹ Aclaró el TS en su Sentencia de 16 de mayo de 1984 que *la declaración en estado de suspensión de pagos de la sociedad actora no puede apreciarse como causa determinante de la resolución del contrato administrativo cuando la misma se ha producido una vez expirado el plazo de ejecución del contrato y cuando, además, se ha incidido con anterioridad en un incumplimiento de sus cláusulas que autoriza a la Administración para acordar la resolución del mismo*.

¹¹² Es nítida a este respecto, vigente la LCAP y la LSP, la STSJ del País Vasco de 22 de junio de 2001: «Y ello en razón de que el supuesto legal de incursión del contratista en declaración de quiebra, está incluido entre los supuestos de excepción previstos en el artículo 113.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, que originan siempre la resolución del contrato. Estableciéndose, con ello, la diferencia legal con los supuestos generales contemplados en el artículo 113.1 de la ley, en

siempre se requerirá la tramitación del procedimiento por parte de la Administración para formalizarla. Para el supuesto de que en el concurso no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, el párrafo quinto del artículo 224 prevé la posibilidad de que la entidad contratante pueda optar por la resolución o la continuación del contrato siempre que, en este último caso, el contratista prestare las garantías suficientes¹¹³ a juicio de aquella para su ejecución¹¹⁴. En efecto y como destacó CHINCHILLA MARÍN¹¹⁵, se establece un principio de conservación del contrato que responde no solo a la finalidad de la LC, sino también al principio general de Derecho administrativo de conservación de los actos administrativos y, en general, de la actividad administrativa, incluida la contractual. Siempre será mejor no interrumpir la prestación del servicio o la construcción de la obra pública y asegurar con ello el cumplimiento del fin cuya satisfacción sirve al contrato. Estaríamos, por tanto, ante una decisión de la Administración que es el fruto del ejercicio de una potestad discrecional, controlable en sede judicial al objeto de impedir que se vulneren los aspectos reglados de la decisión o de que la Administración se comporte de forma arbitraria¹¹⁶.

La LC dedica el Capítulo II, del Título V, compuesto por los artículos 142 a 162, ambos inclusive, a la regulación de la fase de liquidación, dividido a su vez en cuatro secciones, que regulan la apertura de esta, sus efectos, las operaciones de la liquidación y el pago de los acreedores. Superando la redacción inicial de la LC que preveía que la fase de liquidación se debía abrir en todo caso después de finalizada la fase común, la reforma operada en 2011 pretende que la solución de la insolvencia no se retrase en el tiempo, algo que no hace sino perjudicar al concursado y a sus acreedores al minorar el valor de sus bienes de cuya realización depende su cobro, eliminar posibilidades de garantizar su viabilidad y aumentar los costes. Por ello, se simplifica y agiliza el procedimiento concursal, favoreciendo la anticipación de la liquidación, que el deudor puede pedir en cualquier momento, dictándose auto de apertura de la fase de liquidación en los 10 días siguientes a tal petición. De esta forma, resulta posible la apertura de la fase de liquidación durante la fase común, evitando dilaciones, habiendo legitimado, además, a la propia Administración concursal para que proceda a tal petición en determinados supuestos¹¹⁷.

los que la resolución del contrato constituye un derecho de ejercicio potestativo para aquella parte contractual a la que no le sea imputable la circunstancia que da lugar a la resolución.

De forma que en los supuestos excepcionales del artículo 113.2 de la Ley 13/1995, la resolución del contrato deviene una actuación administrativa debida y rígidamente reglada. Por lo que el cauce procedimental a seguir no puede ofrecer un contenido esencial distinto al de la realización de los actos instructores necesarios para acreditar que se ha producido el hecho determinante de la consecuencia normativa de resolución del contrato necesariamente establecida por la norma legal.»

¹¹³ Crítica FERNÁNDEZ TORRES, I., («Concurso y contratos con el sector público en el marco Real Decreto 3/2009 y de la nueva Ley de Contratos con el Sector Público», *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, núm. 11, 2009, pág. 283) que la indeterminación que rodea el concepto de «garantías suficientes» genera una cierta inseguridad jurídica y deja un margen de decisión o discrecionalidad a la Administración pública excesivamente amplio.

¹¹⁴ Problema no menor, habida cuenta de que la garantía exigida es distinta y adicional a la demandada para la adjudicación del contrato. Ahora bien, un contratista inmerso en un procedimiento concursal ¿puede prestar garantías adicionales sin que vayan en perjuicio de la masa y del resto de acreedores? La solución al interrogante que propone GUAYO CASTIELLA, I., (*Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 95), es admitir como garantía adicional válida el plan de viabilidad previsto en el artículo 100.5 de la LC. Y ello por cuanto, coincidimos con el autor, una visión dinámica de la garantía conduciría a reputar arbitraria la decisión de resolver un contrato administrativo, aun cuando el juez del concurso haya aprobado un plan de viabilidad.

¹¹⁵ CHINCHILLA MARÍN, C., «La insolvencia del contratista de las Administraciones públicas», *RVAP*, núm. 69, 2004, pág. 59.

¹¹⁶ GUAYO CASTIELLA, I., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 93.

¹¹⁷ Artículo 142.3 de la LC.

Cabe reseñar, igualmente, las previsiones del artículo 225.4 del TRLCSP que dispone que 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. Sin embargo, cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable, procederá siempre ¹¹⁸ acordar la pérdida de la garantía. En consecuencia, en los casos de concursos de acreedores calificados como fortuitos ¹¹⁹ la garantía prestada por el contratista deberá devolverse para su integración en la masa concursal, habida cuenta de que ya no se va a destinar a la finalidad para la cual se constituyó ¹²⁰.

Ahora bien, en el supuesto de concurso culpable que habilite a la Administración para acordar la pérdida para el contratista de la garantía constituida, se ha de conciliar tal previsión con las disposiciones concursales que califican la prioridad en el pago de los créditos que ostenten los acreedores, más allá de lo dispuesto en cuanto preferencia en la ejecución de las garantías que regula el artículo 101 del TRLCSP. Así, si se parte del hecho de que el crédito de la Administración sobre la garantía constituida en el contrato administrativo es un crédito público, de conformidad con la redacción del artículo 91.4.º de la LC gozaría de la calificación de crédito privilegiado, con privilegio general.

Pero de acuerdo con el inciso primero del artículo 101 del TRLCSP, que en su dicción literal recoge que para hacer efectiva la garantía, la Administración contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título del que derive su crédito, nos halláramos ante un privilegio especial, más allá del contenido del artículo 89.2 de la LC que dispone que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley. A favor de esta postura se pronuncia GUAYO CASTIELLA ¹²¹, con el sólido argumento de que el artículo 67 de la LC, en lo tocante a los efectos del concurso sobre los contratos administrativos, remite a la legislación especial, y la LCSP es una ley especial, en relación con la LC. La preferencia para hacer efectiva la garantía de los contratos sería, de modo indirecto, un privilegio o preferencia reconocido en la LC.

Y, finalmente, para el caso de que se considere que la resolución contractual deriva de un incumplimiento culpable ¹²² del contratista (concurso calificado como culpable, en nuestro objeto de

¹¹⁸ En contra de esta opinión se pronuncia GUAYO CASTILLA, I., *op. cit.*, pág. 112, para quien está claro que la LCSP permite que se acuerde la pérdida de la garantía en caso de concurso culpable (y solo en ese caso), pero no está tan claro, a partir de su dicción literal, que imponga, *obligatoriamente*, la pérdida de la garantía por esa causa.

¹¹⁹ Véase nota 88.

¹²⁰ Véase el Dictamen núm. 1065/2002, de 18 de julio, del Consejo de Estado:

«En cuanto a los efectos económicos de la resolución, la propuesta de resolución no incluye ninguno específico. Se limita a determinar que el aval se devolverá cuando se resuelva el contrato, pero que permanecerá vigente hasta la fecha en que se dicte la resolución pertinente. Al existir varios tipos de quiebra, siendo alguno ajeno a la idea de culpa, no resulta siempre de aplicación necesaria el apartado 3 del artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de modo que no es preceptivo decretar, en todo caso, la incautación de la fianza constituida ni la indemnización de daños y perjuicios. La Administración contratante en el presente caso se ha limitado a consignar que no ejecutará el aval (incluyendo, por tanto, el pronunciamiento requerido por el artículo 114.5 de la ley). En la medida en que no haya sido calificada la quiebra, no es objetable ese parecer, y la resolución del contrato no determinará otro efecto que la extinción del vínculo contractual, con devolución de la garantía aportada.»

¹²¹ GUAYO CASTIELLA, I., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 118.

¹²² Así, la STS de 22 de julio de 1988 aclara que no cabe identificar el incumplimiento del contratista, como causa resolutoria, con la culpa del mismo, a efectos de ulterior sanción. La incautación de la fianza está reservada, en efecto, para los casos de resolución contractual por culpa del contratista, juzgando en tales casos como indemnización previamente fijada.

estudio), este 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 ¹²³. El crédito de la Administración sobre ese importe, si la garantía resulta insuficiente, es igualmente un crédito público que debe clasificarse de acuerdo con el artículo 91.4 de la LC. Por tanto, la legislación en materia de contratación administrativa condiciona la apreciación del carácter culpable de la resolución y por ende el destino de las garantías definitivas, a lo que se determine con ocasión de la apertura de la pieza de calificación del concurso ¹²⁴.

Además de lo anterior, el contratista quedará incurso en causa de prohibición de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60.2 a) del TRLCSP que establece como circunstancia que impide a los empresarios contratar con las Administraciones públicas, haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una Administración pública.

4.3.2. Declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento

Como antes se mencionaba, es el artículo 224 del TRLCSP el que se encarga de regular la aplicación de las causas de resolución, y dispone en su apartado segundo que dicha resolución contractual será automática y no potestativa para los supuestos en los que el contratista haya sido declarado insolvente en cualquier procedimiento, tanto administrativo (por ejemplo, la declaración de insolvente fallido en un procedimiento de recaudación tributaria –art. 61 RD 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación–) como judicial (la declaración de insolvencia de una empresa prevista en la legislación laboral –art. 276 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social–).

Señala con acierto BALLESTEROS ARRIBAS ¹²⁵ que esta cuestión se presta a conflictos, ya que el artículo 224.2 del TRLCSP no distingue entre procedimientos judiciales y administrativos, y se pregunta acerca de qué sucedería si en un procedimiento administrativo de apremio llevado a cabo por una entidad local, y con el fin de poder seguir el mismo ante los posibles responsables subsidiarios, se declara la insolvencia de una empresa que es contratista a su vez de otra Administración pública. Para este supuesto, propone la autora una audiencia al contratista para que pueda alegar frente a la Administración contratante que, no obstante haber sido declarado insolvente por una entidad local, dicha insolvencia no es real.

¹²³ AA.VV., (Coord. LLAVADOR CISTERNES, H.), *Contratación administrativa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 287. Apunta el autor que la forma de hacer efectiva esta indemnización por daños y perjuicios, en lo que exceda de la garantía, es a través de la ejecución forzosa de los actos administrativos (en este caso de la resolución del órgano de contratación en tal sentido). En particular resulta de aplicación el artículo 97.1 de la LRJ-PAC. Según el cual «si en virtud de acto administrativo hubiera de satisfacerse cantidad líquida se seguirá el procedimiento previsto en las normas reguladoras del procedimiento recaudatorio en vía ejecutiva».

¹²⁴ DÍAZ FERNÁNDEZ, J., «La reciente modificación del régimen de resolución de los contratos administrativos en caso de concurso del contratista a través del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo: ¿cambio normativo o consolidación de un criterio ampliamente mantenido?», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 101, 2010, pág. 41.

¹²⁵ BALLESTEROS ARRIBAS, S., «Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación del Sector Público Local*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 1.404.

4.4. Procedimiento para la resolución contractual

La declaración de un contrato como resuelto se efectuará por el órgano de contratación previa tramitación de un expediente ¹²⁶ de resolución de conformidad con lo previsto en el artículo 211 del TRLCSP, que dispone la obligación de dar audiencia al contratista ^{127, 128} y la necesidad para la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, de contar con un previo informe del servicio jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 99 y 213. Además, será preceptivo, aunque no vinculante, el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva cuando frente a tal acuerdo de resolución se formule oposición por parte del contratista. La omisión del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente produce la nulidad de la resolución contractual, según se encargan de poner de manifiesto, entre otras, las SSTS de 29 de diciembre de 2003 y de 29 de abril de 1996.

La mencionada audiencia al contratista ha de ponerse en relación con las disposiciones de la legislación concursal. Y ello por cuanto el artículo 40 de la LC, referido a las facultades patrimoniales del deudor, establece que en caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de estas a la intervención de la Administración concursal, mediante su autorización o conformidad, mientras que en caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por la Administración concursal. Es decir, la audiencia al contratista supone la comparecencia en el procedimiento administrativo de la Administración concursal a título principal si se ha declarado la sustitución o para comunicar su autorización o conformidad para el caso de que las funciones de dicha Administración concursal sean de mera intervención ¹²⁹.

En todo caso el acuerdo de resolución deberá ser motivado y 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. Dicho acuerdo es inmediatamente ejecutivo con independencia de que contra el mismo pueda formularse recurso contencioso-administrativo.

¹²⁶ Según advierte la STS de 19 de enero de 1990, la resolución contractual ha de ser declarada por el órgano de contratación a través de un acto expreso que sea debidamente notificado al contratista.

¹²⁷ Dispone el artículo 109 del Reglamento General de la LCAP que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, concediendo audiencia al contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio. Este trámite de audiencia puede obviarse cuando es el propio contratista el que ha solicitado la resolución contractual.

¹²⁸ Añade GUAYO CASTIELLA, I., (*Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 109), que también ha de darse audiencia, en su caso, a quien haya prestado garantía, y funda su aseveración en Sentencias como la del TS de 14 de mayo de 1991, que afirma que «teniendo en cuenta que la fianza no la prestó en este caso el contratista privado sino un tercero, que es la entidad recurrente, esta era indudablemente un interesado en el procedimiento tramitado para la resolución del contrato y la pérdida de la fianza que constituyó, y por tanto debió ser oído en dicho expediente. (...) y hallándonos, como nos hallamos, ante una sanción como es la pérdida de la fianza prestada, la audiencia del sancionado –en este caso la entidad– es un trámite esencial como lo es el de todo sancionado en el expediente sancionador cuya omisión es causa de nulidad radical y así debe declararse.»

¹²⁹ BARRERO GONZÁLEZ, E., «La incidencia de la Ley en los contratos administrativos», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 2.463-2.464.

5. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, en primer lugar habría de modificarse la regulación de la solicitud de declaración de concurso como prohibición de contratar. Impedir a un licitador participar en el proceso de contratación por la mera solicitud de la declaración de concurso de acreedores, judicialmente admitida, aun cuando no haya recaído resolución judicial declarando tal estado, es incompatible con el espíritu que preside la legislación concursal, cuyo objetivo es la pervivencia de la empresa. Y es que, a resultas de la legislación de contratos públicos, una empresa cuya actividad principal sea contratación con las Administraciones, verá imposibilitado su objeto social con la mera solicitud de concurso que, paradójicamente, busca la continuidad de empresas en crisis financiera o económica.

Del mismo modo, y habida cuenta de que se parte desde la esfera pública del principio de conservación del contrato administrativo, y desde la esfera privada se parte de la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado, entiendo que la «potestad» de resolver el contrato administrativo mientras no se haya abierto la fase de liquidación debe ser eliminada, vedando a las Administraciones esa posibilidad y aplicando en ese caso las previsiones que el artículo 61 de la LC contempla respecto de los demás contratos.

Finalmente y como conclusión global, entiendo que sería más ajustado combinar los intereses generales que a los que responde la actuación administrativa en la contratación pública con el apoyo al tejido empresarial en unas circunstancias tan delicadas como las que se atraviesan. No se ha de perder de vista que la contratación pública resulta de gran trascendencia¹³⁰ en nuestra economía¹³¹. Esa relevancia, tanto cualitativa como cuantitativa¹³², y la privilegiada posición que en esas relaciones bilaterales ostenta la Administración en particular, y el sector público, en general, la convierten en un escenario idóneo para la aplicación de las políticas públicas tendentes a dinamizar el crecimiento económico. Para ello, la Administración en lo relativo a la posible insolvencia económica financiera de sus licitadores y contratistas, debiera actuar en un doble plano:

1. De un lado, las Administraciones públicas están en el origen de gran parte de las situaciones de insolvencia de sus contratistas y proveedores debido al retraso en los pagos¹³³. Reconoce

¹³⁰ BERNAL BLAY, M.A., «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, monográfico núm. 10, 2008, pág. 212. En este estudio, el autor señala que la contratación pública en España supone alrededor del 18 por 100 del PIB, y más del 25 por 100 del PIB en algunos Estados de la Unión Europea. Consúltense al respecto los Anexos I, II y III de esta obra.

¹³¹ MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 39. La referencia de los autores, quienes citan datos de la Comisión Europea, los contratos de las Administraciones públicas suponen alrededor de un 16 por 100 del PIB comunitario, es decir, alrededor de 1.500.000 millones de euros. Y a este respecto remiten al informe y las estadísticas sobre la contratación pública elaborados por la Dirección General del Mercado Interior de la Unión Europea, disponibles en http://ec.europa.eu/internal_market/en/publproc/general/index.htm.

¹³² PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho administrativo*, Tirant, Valencia, 2008, pág. 429. Subraya que la actividad contractual del sector público en general y de la Administración pública en particular tienen una enorme importancia tanto cuantitativa (la contratación representa el 19,4% del PIB de la Unión Europea, como puede apreciarse en el Anexo III, lo que supone más de 2.000,00 € por habitante y año), como cualitativa (el recurso a la contratación es o bien un complemento necesario de la actividad unilateral, o bien una alternativa a ella).

¹³³ En España, el ratio de morosidad (% de impagos respecto total facturación) en 2010, se cifró en el 5,1 por 100, porcentaje superior al 5 por 100 de 2009 (llegando al 8,8% en el sector de construcción). Este nivel de morosidad contrasta con

el legislador en el Preámbulo de la Ley 15/2010 que los efectos de la crisis económica se han traducido en un aumento de impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas ¹³⁴, circunstancias que afectan especialmente a las pequeñas y medianas empresas, que funcionan con gran dependencia al crédito a corto plazo y con unas limitaciones de tesorería que complican su supervivencia en este contexto ¹³⁵.

- De otro, debe primar la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado de conformidad con la que la legislación concursal dispone para todo el resto de relaciones contractuales y en las que la Administración no ha de ser una excepción injustificada, precisamente por encontrarse en el origen en muchas ocasiones, como antes se dijo, de esa situación de insolvencia. Procede, por tanto, habilitar algún sistema que posibilite que el contratista concursado pueda continuar su actividad con la Administración hasta, en su caso, la fase de liquidación. En función de la actividad del concursado, la continuidad en los contratos pudiera convertirse en la única alternativa viable a su insolvencia.

6. BIBLIOGRAFÍA

BARRERO GONZÁLEZ, E., «La incidencia de la Ley en los contratos administrativos», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

AA.VV., (Coord. LLAVADOR CISTERNES, H.), *Contratación administrativa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

ABELLA, J., *De los contratos administrativos con el Estado, la Provincia y el Municipio*, Imprenta de E. de la Riva, Madrid, 1885.

ALBI CHOLVI, F., *Los contratos municipales*, Horizontes, Valencia, 1944.

ALMENAR BERENGUER, J., «Capacidad y solvencia del empresario en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, núm. 19, 2008.

ÁLVAREZ-GENDÍN, S., *Manual de Derecho administrativo español*, Bosch, Barcelona, 1954.

BALLESTEROS ARRIBAS, S., «Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación del Sector Público Local, La Ley*, Madrid, 2008.

el ratio del 2,6 por 100 que se registra en la Unión Europea. Véase al respecto la encuesta sobre morosidad realizada por la PMcM y publicada en <http://es.scribd.com/doc/50790029/Resultados-Encuesta-Morosidad>

¹³⁴ Según afirman DORREGO DE CARLOS, A. y JIMÉNEZ DÍAZ, A., («La nueva regulación de la morosidad de la Administración pública: criterios prácticos de aplicación del régimen transitorio de la Ley 15/2010», *Diario La Ley*, núm. 7472, 2010, pág. 2), los estudios más solventes recientemente publicados sobre la materia indican que la deuda global en situación de mora del conjunto de las Administraciones públicas españolas supera largamente los 40.000 millones de euros. Y el plazo medio de pago en el conjunto de las Administraciones públicas españolas se sitúa en torno a ciento sesenta días, muy por encima de la media de los Estados miembros de la zona-euro de la Unión Europea.

¹³⁵ Hay casos extremos, como el que pone de manifiesto en su informe la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria. Señalan que en el mes de abril de 2011 el plazo medio de pago a las empresas del sector de tecnología sanitaria se situó en los 395 días, siete veces más de los plazos legalmente establecidos en la contratación con las Administraciones públicas. Siete comunidades, Murcia (667 días), Valencia (645 días), Andalucía (624 días), Cantabria (599 días), Castilla y León (594 días), Baleares (488 días), Castilla-La Mancha (468 días), superan el año en sus plazos medios de pago. Consultable en http://www.fenin.es/es/sala-prensa_notas.php

- BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- BERMEJO VERA, J., «Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público», *RAAP*, núm. extraordinario, 2008.
- BESTEIRO RIVAS, J., «Artículo 49», en AA.VV., *Comentarios a la legislación de contratación pública* (Coord. JIMÉNEZ APARICIO, E.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- BLANQUER CRIADO, D., *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Tirant, Valencia, 2007.
- CEA AYALA, Á., «Breves reflexiones acerca de las prohibiciones para contratar», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 67, 2007.
- CEPEDA MORRÁS, J. y YÁÑEZ DÍAZ, C., y otros, *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, Tirant, Valencia, 2008.
- CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I., *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, La Caixa, Barcelona, 2001.
- CHINCHILLA MARÍN, C., «La insolvencia del contratista de las Administraciones públicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 69, 2004.
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Manual práctico de Derecho concursal*, Edic. Experiencia, Barcelona, 2012.
- DÍAZ FERNÁNDEZ, J., «La reciente modificación del régimen de resolución de los contratos administrativos en caso de concurso del contratista a través del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo: ¿cambio normativo o consolidación de un criterio ampliamente mantenido?», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 101, 2010.
- DÍAZ LEMA, J.M., «Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad de la Ley de Contratos del Sector Público?», *REDA*, núm. 141, 2009, págs. 16 y ss.
- ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho concursal*, La Ley, Madrid, 2009.
- FENELLÓS, V., «Prohibiciones de contratar», en AA.VV. (Coord. ARIÑO ORTIZ, G.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 2003, tomo II.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Los presupuestos de la declaración de concurso», *Comentarios a la Ley Concursal* (Coords. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y SÁNCHEZ ÁLVAREZ), Madrid, 2004.
- FERRÁN DILLA, J., «Artículo 49», *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público* (Coord. VÁZQUEZ GARRANZO, J.), Bosch, Barcelona, 2009.
- GARCÍA DE LA CALZADA, M., «Artículo 206», en AA.VV., *Comentarios a la legislación de contratación pública*, (Coord. JIMÉNEZ APARICIO, E.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- GARCÍA TREVIJANO GARNICA, E., «La suspensión de pagos como causa de resolución de los contratos administrativos de obras», *REDA*, núm. 77, 1993.
- GARCÍA VILLAVERDE, R., «La nueva administración judicial de empresas embargadas», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 34, 2001.
- GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 7.^a ed., Madrid, 1986.
- GASCÓN HERNÁNDEZ, J., «Rescisión y resolución de los contratos administrativos», *REP*, núms. 7-8, 1942.

- GASTÓN JÉZE, *Principios generales del derecho administrativo*, De Palma, Buenos Aires, 1950.
- GUAYO CASTIELLA, I., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2011.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, V., «El ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público: la aplicación a las sociedades mercantiles», *Manual práctico de la Ley de Contratos del Sector Público*, AA.VV. Fundación Asesores Locales, Málaga, 2009.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A., «La liquidación concursal anticipada», *RDM*, núm. 274, 2009.
- HIDALGO GARCÍA, S., «Presupuesto subjetivo», *Comentarios a la legislación concursal*, (Directores SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ), Lex Nova, Valladolid, 2004.
- LINARES GIL, M I., «Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el Real Decreto-Ley núm. 6/2010», *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, núm. 14, 2011.
- LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, F., «El término en el contrato administrativo de obra», *RAP*, núm. 97, 1982.
- MARTÍN OVIEDO, J.M.^a, «Guía para la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público. Ámbito subjetivo de aplicación», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 8, 2007.
- MEDINA ARNÁIZ, T., «El papel de la ley de contratos del sector público en el cumplimiento de la normativa sobre igualdad de género», *Actualidad Administrativa*, núm. 9, Tomo 1, 2009.
- MORELL OCAÑA, L., «Los requisitos de los contratos», *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, (Dir. GÓMEZ-FERRER MORANT, R.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2007.
- PAREJO ALFONSO, L., «Objeto y ámbito de aplicación de la Ley», *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, (Coord. VÁZQUEZ GARRANZO, J.), Bosch, Barcelona, 2009.
- PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005.
- RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., «Las cajas de ahorro como elemento perturbador del sistema financiero español», *Revista de Derecho de los Negocios*, La Ley, núm. 237, 2010.
- RUIZ OJEDA, Dir., *Derecho de la contratación pública y regulada*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «De los presupuestos del concurso», *Comentarios a la legislación concursal*, (Directores SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ), Lex Nova, Valladolid, 2004.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Incidencia de la Ley Concursal en el ámbito administrativo», *Actualidad Administrativa*, núm. 3, 2004.
- «Efectos de la Ley Concursal en el ámbito de los contratos de las Administraciones públicas», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 25, noviembre 2003.
- SOLAZ SOLAZ, E., *Enciclopedia jurídica*, La Ley, Madrid, 2009.
- TOLOSA TRIBIÑO, C., «Contratación administrativa», *DAPP publicaciones jurídicas*, Pamplona, 2008.
- VICENTE IGLESIAS, J.L., *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2008.
- VILLAR PALASÍ, J.L., *Lecciones sobre contratación administrativa*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1969.