

En Logroño, a 18 de mayo de 2018, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro María Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Pedro María Prusén de Blas, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

49/18

Correspondiente a la consulta formulada el Excmo. Sr. Consejero de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja, sobre la *Propuesta de resolución del contrato marco de los lotes 1 y 2 y de los contratos derivados del “Acuerdo Marco de homologación de vigilancia y seguridad en el Sector público de la CAR”, suscritos con la mercantil F.S.S.L., con oposición de la misma.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Del expediente remitido a este Consejo Consultivo, se desprenden los siguientes antecedentes:

-Por Resolución de 8 de marzo de 2017, de la Secretaría General Técnica de la Consejería actuante (la de Administración Pública y Hacienda), se adjudicaron los lotes 1 y 2 del *Acuerdo Marco de homologación de empresas de vigilancia y seguridad en el Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja (CAR)* a seis empresas, entre las que se encuentra la mercantil *F.S.S.L.*, y, con fecha 18 de abril de 2017, se perfeccionó la adjudicación con la firma de los respectivos (uno por cada lote) contratos derivados.

-Los contratos derivados de este Acuerdo Marco suscritos con la mercantil *F.S.S.L.* son los siguientes: i) contrato derivado en la Consejería de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (*partidas presupuestarias 05.01.4111.227.01 y 05.02.02.4611.227.01*); ii) contrato derivado en la Consejería de Administración Pública y Hacienda (*partidas presupuestarias 12.01.9111.213.00 y 12.01.9111.227.01*); iii) contrato derivado de la Consejería de Desarrollo Económico e Innovación , (*Portales, 1; partida presupuestaria: 19.01.4211.227.01*); iv) contrato derivado de la Consejería de Desarrollo Económico e Innovación (*El Rasillo; partida presupuestaria: 19.06.01.4312.227.01*); v) contrato derivado de la Consejería de Políticas Sociales, Familia, Igualdad y Justicia (*La Cometa*;

partida presupuestaria: 20.04.06.2324.227.01). El importe total de los contratos derivados suscritos asciende a 418.624 euros.

-Con fecha 21 de noviembre de 2017, la Secretaría General Técnica de la Consejería actuante emite requerimiento para que la empresa *F.S.S.L.*, presente -en un plazo máximo de cinco días hábiles- certificaciones positivas, de la Hacienda estatal y de las Haciendas forales de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava, acreditativas del cumplimiento de sus obligaciones tributarias; así como certificación, de la Tesorería General de la Seguridad Social, en la que se contenga, genéricamente, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 14 del Real Decreto 1.098/2011.

-Según consta en el expediente, con fecha 29 de noviembre de 2017, la empresa *F.S.S.L.* presentó la siguiente documentación: i) solicitud de concurso voluntario; ii) memoria expresiva de las causas que motivan la solicitud; iii) plan de viabilidad económica; iv) Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2, de Bilbao, de 28 de septiembre de 2017, por el que se declara, a la referida empresa, en concurso de acreedores; y v) certificados: de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), de la Tesorería General de la Seguridad Social, y de las Haciendas forales de Vizcaya, Guipúzcoa y Álava, expresivos de las deudas que la empresa tiene pendientes de pago con las referidas entidades.

Segundo

El 13 de diciembre de 2017, la Secretaría General Técnica de la Consejería actuante dictó una Resolución por la que se declaró, a la referida empresa, incurso en la prohibición de celebrar nuevos contratos, derivados del *Acuerdo Marco de homologación de empresas de vigilancia y seguridad en el Sector público de la CAR*, mientras subsistan las causas que han determinado tal prohibición, fundamentalmente la declaración de la referida empresa adjudicataria en situación de concurso de acreedores.

Tercero

Con fecha 9 de enero de 2018, la Secretaría General Técnica de la Consejería actuante dictó una Resolución por la que inició *el procedimiento de resolución del contrato del Acuerdo Marco de vigilancia y seguridad en el Sector Público de la CAR, con la empresa F.S.S.L., y, de resolución de todos los contratos derivados suscritos con dicha mercantil.*

Cuarto

El día siguiente, 10 de enero de 2018, la misma Secretaría General Técnica comunica, al Administrador concursal y a la empresa afectada, el inicio del procedimiento de resolución del contrato, confiriéndoles un plazo de diez días hábiles para que puedan formular las alegaciones que estimen oportuno instrumentar en defensa de sus intereses.

Dentro del plazo establecido al efecto, el 22 de enero de 2018, se presentó un escrito de alegaciones, suscrito por el Administrador de la mercantil *F.S.S.L.* y por el Administrador concursal, oponiéndose a la resolución de los contratos del Acuerdo Marco

y de los contratos derivados suscritos, argumentando que la declaración de concurso, sin apertura de la fase de liquidación, no es causa automática de resolución, sino expresiva de una situación de insolvencia transitoria (*generada -según se alega- por la existencia de hechos ajenos a la empresa, vinculados a socios y administradores anteriores, que, con sus actuaciones desleales, ... han llevado a F. a la situación de concurso de acreedores*) que en nada ha afectado al *funcionamiento de los contratos*; para finalizar afirmando que procede la aplicación de los arts. 61 y 62 de la Ley 22/2003, Concursal (LC'03), ya que -sostienen- la misma es una norma de superior rango que prevalece sobre lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo (RDLeg.) 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP'11).

Quinto

El 29 de enero, se solicita informe a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, que lo emite el 7 de marzo de 2018, en sentido favorable a la Propuesta de resolver los contratos, formulada por la Secretaría General Técnica de la Consejería actuante.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito, firmado y enviado electrónicamente el día 15 de marzo de 2018, registrado de entrada en este Consejo el 16 de marzo de 2018, el Excmo. Sr. Consejero de Administración Pública y Hacienda, remite, al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito de 16 de marzo de 2018, firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 20 de marzo de 2018, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la misma quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha convenientemente indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Normativa aplicable al caso

1. Como tiene establecido este Consejo Consultivo (por todos, nuestro dictamen D.20/16), la contratación administrativa ha sido uno de los sectores que más modificaciones legislativas ha experimentado desde los comienzos del moderno Derecho Administrativo español:

A) Así, tras la vieja Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 (LCE), modificada por RDLeg. 931/1986, de 2 de mayo, a consecuencia del ingreso de España en la Comunidad Europea, se dictó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas (LCAP'95); si bien, para integrar diversas modificaciones posteriores, se convertiría en el Texto Refundido, aprobado por RDLeg. 2/2000, de 16 de junio (LCAP'00), del que se dictó un Reglamento, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP'01).

B) Las numerosas modificaciones posteriores obligaron a dictar una nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, que se denominó de Contratos del Sector público (LCSP'07), la cual fue objeto, a su vez, de múltiples modificaciones operadas: i) por los Reales Decretos Leyes (RDL) núms. 6/2010, de 9 de abril; 8/2010, de 20 de mayo; y 5/2011 de 29 de abril; y ii) por Leyes núms. 14/2010, de 5 de julio; 15/2010, de 5 de julio; 34/2010, de 5 de agosto; 35/2010, de 17 de septiembre; 2/2011, de 4 de marzo; 24/2011, de 1 de agosto; y 26/2011, también de 1 de agosto. Dicha LCAP'07 fue desarrollada parcialmente por un Reglamento, aprobado por el RD 817/2009 (RCSP'09).

C) Ante tal acumulación de modificaciones, se dictó el Texto Refundido de la misma LCSP, aprobado por RDLeg. 3/2011 (LCSP'11), el cual, durante su vigencia, careció de un desarrollo reglamentario específico.

D) Finalmente, en el B.O.E. de 9 de noviembre de 2017, se publicó la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público (LCSP'17), vigente en el momento de emitir el presente dictamen, a tenor a lo establecido en su DF 16ª, según la cual (a excepción de las salvedades en la misma determinadas) entró en vigor, con carácter general, a los cuatro meses de su publicación oficial, esto es, el 9 de marzo de 2018.

2. Como hemos advertido en nuestros dictámenes D.37/12 y D.45/12, esta sucesión de normas legales en materia contractual ha provocado no pocas confusiones en la aplicación y cita de los preceptos aplicables. Por ello, antes de adentrarnos en el asunto consultado, es preciso concretar las normas aplicables al caso y, a tal efecto, como también

hemos reiterado (cfr. nuestros dictámenes D.122/08, D.147/08; D.31/09, D.80/09, D.51/10, D.80/10, D.94/10, D.35/11, D.36/11, D.7/12, D.37/11, D.26/14 y D.14/15, entre otros), debemos atenernos a la legislación vigente en la fecha de adjudicación del contrato, según establece la DT 1ª.2 LCSP'17 (*“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*).

3. Como quiera que, en el presente caso, la **adjudicación** del contrato tuvo lugar el **8 de marzo de 2017**, resultan de aplicación al mismo: i) en cuanto a las normas con rango de ley, el precitado Texto Refundido de la misma LCSP, aprobado por RDLeg. 3/2011 (LCSP'11), con las modificaciones de la misma que hubieran entrado en vigor antes de la citada fecha de adjudicación; sin tener en cuenta, por tanto, las disposiciones cuya vigencia comenzara después de la reiterada fecha de adjudicación, entre las que se encuentra la ahora vigente -pero, por tanto, no aplicable a este caso- LCSP'17, cuya vigencia comenzó, con carácter general, como ha quedado dicho, el 09-03-2018 (ex su DF 16ª); y ii) en cuanto a la normativa de rango reglamentario (tal y como hemos señalado en nuestros dictámenes D.45/12, D.4/13, D.27/13 y D.20/16), es aplicable al caso el precitado el RCAP'09 (RD 817/09, de 8 de mayo), si bien, al tratarse de una reglamentación parcial, en lo no previsto en el mismo, cabe acudir al, también antes citado, RCAP'01 (RD 1098/01, de 12 de octubre), aunque sólo en aquello que no resulte contradictorio con la LCSP'11, aplicable al caso.

4. En resumen, al presente caso y por razón de su fecha de adjudicación, el 08-03-2017, es de aplicación el Texto Refundido aprobado por RD Leg 3/2011 (LCSP'11), con sus modificaciones hasta dicha fecha, así como su Reglamento parcial (RCSP'09) y, supletoriamente, el anterior RCAP'01, aunque éste último sólo en cuanto no se oponga a la citada LCSP'11. La aplicación al caso de esta normativa fue expresamente aceptada por el contratista en la Cláusula 9ª de los contratos firmados con el Gobierno de La Rioja el 18 de abril de 2017. Por supuesto, también es aplicable la normativa reguladora de este Consejo (que citamos en el Fundamento siguiente), en cuanto al ejercicio de la función consultiva en este tipo de propuestas de resolución contractual.

5. Por otra parte, al tratarse de unos contratos administrativos, es claro que han de regirse por lo pactado en los mismos y también por los Pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCA) y de prescripciones técnicas (PPT) y demás documentos que integren el contrato (todo ello aceptado por el contratista en las Cláusulas 1ª y 9ª de los precitados contratos de 18 de abril de 2017); así como por las Resoluciones interpretativas y órdenes de ejecución que, en ejercicio de sus competencias, haya podido dictar el órgano de contratación para la mejor ejecución del contrato. Así resulta: i) del art. 209 LCSP'11, que dispone que los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas; ii) de la cláusula 1ª de los contratos que nos ocupan, suscritos en fecha 18 de

abril de 2017, en la que se estipula que la empresa contratista presta su conformidad a los Pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCA) y de Prescripciones técnicas particulares (PPT); y iii) del art. 210 LCSP'11, cuando determina que, *dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.*

6. En cuanto al superior rango que la empresa contratista imputa a la Ley Concursal (Ley 22/2003, LC'03) con respecto a la aplicable Ley de Contratos del Sector público (RDLeg 3/2011, LCSP'11), nos remitimos a lo que luego señalaremos sobre la competencia y el procedimiento (concursal o contractual administrativo), aplicable, pero no sin antes advertir que la relación entre ambas Leyes no es de jerarquía (ya que ambas tienen el mismo valor de Ley), sino de especialidad, por la que, como luego explicaremos, la Ley contractual desplaza, en este caso, a la concursal.

Segundo

Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo

La normativa aplicable al caso es clara en cuanto a la necesidad de elevar consulta a este Consejo Consultivo sobre las propuestas de resolución de tales contratos, y así resulta de los siguientes preceptos:

-El artículo 211.3, a) LCSP'11, que dispone que *será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.*

-El artículo 11, I), de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, que impone el deber de elevar consulta al mismo en los casos de nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos en los que así lo dispongan las normas aplicables.

-El artículo 12 del Decreto 81/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento orgánico y funcional del Consejo Consultivo de La Rioja, que impone la misma preceptividad para estos supuestos, en su letra I).

Por lo tanto, en el caso sometido a la consideración de este Consejo, nuestro dictamen es preceptivo, al haber presentado el contratista oposición a la resolución del

contrato administrativo, de acuerdo con la opción resolutoria elegida por la Administración autonómica.

Tercero

Sobre el incumplimiento de la obligación de estar al corriente del pago de obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

1. Como antes hemos esquematizado, la Administración contratante aduce en el expediente (Resolución de inicio, de 9 de enero de 2018, del procedimiento de resolución del contrato del Acuerdo Marco y de los contratos derivados del Acuerdo Marco de Homologación de vigilancia y seguridad en el sector público de la CAR, suscritos con la mercantil *F.S.S.L.*) que, habiéndose requerido, el 21 de diciembre de 2017, a la adjudicataria, para que presentara la documentación acreditativa de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, así como la relativa al concurso de acreedores y garantías suficientes que asegurasen la correcta ejecución de los contratos derivados, la empresa presentó, junto con el Auto de declaración en concurso de acreedores, una documentación que acreditaba no hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y sociales, y también un *plan de viabilidad*. Pero el órgano de contratación no estimó factible la viabilidad de la empresa, sino que, por el contrario, consideró que la misma, declarada en concurso de acreedores, no ofrecía garantías suficientes de poder seguir prestando los servicios contratados.

2. La empresa afectada presentó, el 27 de noviembre de 2017, como informe de viabilidad, un documento en el que, en poco más de una página: i) expone los ajustes de organización interna que está llevando a cabo (despido de todo el cuadro directivo y empleados incursos en actos de competencia desleal; ajuste de la red oficinas y delegaciones; redimensionamiento de personal; cambios de contratos de suministros y servicios y negociación para resolver de contratos de servicios especialmente deficitarios); ii) basa la futura viabilidad de la empresa en la inminente resolución de los contratos administrativos que generan pérdidas; y iii) considera factible continuar aumentando los beneficios como consecuencia de la implantación de su nueva política de precios y servicios (entre la que destaca el desarrollo de su Delegación en La Rioja), y la regularización de la situación de impagos continuados y de retrasos en la liquidación de deudas con clientes.

3. En el escrito de alegaciones, presentado el 22 de enero de 2018 y suscrito conjuntamente por el representante de la empresa y por el administrador concursal de la misma: i) se oponen a la resolución contractual; ii) solicitan la continuidad y mantenimiento de los contratos; iii) invocan los arts. 210 y 223 LCSP'11 para aseverar que la declaración de la situación de concurso de acreedores no ha de conllevar, de modo automático e inevitable, la equiparación de dicha eventualidad con la insolvencia, por

cuanto una declaración voluntaria de concurso no supone más que un estado de iliquidez, que bien pudiera ser transitorio y generado por hechos ajenos; iv) alegan que ha de prevalecer el principio de continuidad de empresa; y v) reiteran la opinión de que, en el presente caso, ha de aplicarse la LC'03 (Ley concursal 22/2003), al ser de rango superior a la de LCSP'11.

4. Las referidas actuaciones podrían revelar la concurrencia de una causa autónoma de resolución contractual cual es el incumplimiento de obligaciones, expresa y preceptivamente, impuestas en el contrato, como, en este caso, son las de estar al corriente de pagos tributarios y de Seguridad Social.

En efecto, el art. 223,h) LCSP'11 considera causas de resolución contractual las establecidas expresamente en los contratos; y, en el presente caso, la cláusula 8ª del contrato (fol. 5 del expediente) considera como tales, entre otras, al incumplimiento, por el adjudicatario, de cualesquiera obligaciones preceptivamente impuestas en los Pliegos; siendo así que, por un lado, la cláusula 25.1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCA) aplicable (fol. 22 del expediente) impone la precitada obligación, y que, por otro, la cláusula 30 y el Título VI del mismo PCA (fols. 30 y 31 del expediente) consideran causa de resolución contractual el incumplimiento de dicha obligación.

Ahora bien, esta causa de resolución contractual (comprendida en el art. 223,h) LCSP'11, en relación con las cláusulas 8ª, del contrato, y 25.1, 30 y Título VI, del PCA) sólo se ha patentizado tras la incorporación al expediente del Auto de 28 de septiembre de 2017, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao (fol. 127 del expediente), por el que se declaró, a la empresa contratista, en situación de concurso de acreedores; como lo corrobora el hecho de que la Resolución administrativa por la que se prohíbe contratar a la empresa afectada, por causa de incumplimiento de dichas obligaciones tributarias y de Seguridad Social, es de fecha 13 de diciembre de 2017 (fol. 170-173 del expediente).

Por consiguiente, aunque, en el presente caso, la Administración contratante hubiera podido, antes de la declaración judicial del concurso, efectuar las actuaciones pertinentes para: i) constatar que la empresa contratista había incumplido sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social en tiempo anterior a la declaración del concurso de acreedores; y ii) declarar que dicho incumplimiento constituía causa de resolución contractual, a tenor del art. 223,h) LCSP'11, en relación con las cláusulas 8ª, del contrato, y 25.1, 30 y Título VI, del PCA; lo cierto es que no lo hizo, sino que, por el contrario, el órgano de contratación se ha limitado a instruir el procedimiento de resolución contractual en base, exclusivamente, a la causa de resolución consistente en la declaración del adjudicatario en concurso de acreedores.

De no haber sido por esta circunstancia temporal, este Consejo hubiera podido considerar que, en el presente caso, concurría, como causa prioritaria en el tiempo, la de

resolución por incumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social, con la consecuencia jurídica de que: i) por un lado, no procedería entrar a examinar la causa de resolución consistente en la declaración del concurso, al ser ésta última posterior en el tiempo, según ha sentado una reiterada doctrina consultiva en aplicación del principio de prioridad, por el que, caso de concurrencia de varias causas de resolución, ha de optarse siempre por la que, con arreglo a las pruebas obrantes en el expediente, primero acaece en el tiempo, como expusimos (con cita de abundantes dictámenes del Consejo de Estado y de otros Altos órganos consultivos de las Comunidades Autónomas), en nuestro dictamen D.20/16, que puede ser consultado en nuestra página de internet y al que nos remitimos; y ii) por otro lado, procedería, según el art. 225.3 LCSP'11, la incautación de las garantías prestadas por el contratista, para, con su importe y previo el oportuno procedimiento de liquidación, hacer frente a los daños y perjuicios irrogados, en su caso, a la Administración contratante.

Pero, habiéndose constatado, con prioridad temporal, en el expediente, la declaración del concurso de acreedores, procede que, en este dictamen, nos centremos exclusivamente en la misma como posible causa de resolución contractual, cuestión ésta a la que dedicamos el siguiente Fundamento de Derecho

Cuarto

Sobre la resolución del contrato por causa de la declaración de la empresa contratista en concurso de acreedores

1. La causa de resolución contractual ex art. 223.b) y 224.2 LCSP'11, consistente en la insolvencia o concurso de acreedores del contratista, ya fue abordada en nuestro D.20/16, en doctrina que ninguna nueva circunstancia hace variar. En dicho dictamen, se exponía la doctrina que extractamos en el párrafo siguiente:

Aunque el art. 206.b) LCSP'07 [en nuestro caso, 223.b) LCSP'11] considera como una causa de resolución contractual, distinta a los incumplimientos culpables, la declaración judicial de que el contratista se encuentra en situación de concurso o la declaración, también judicial, de insolvencia del mismo, adoptada en cualquier otro procedimiento, dicho precepto debe matizarse con lo establecido en el art. 207.2 LCSP'07 (224.2 LCSP'11), según el cual, mientras que la declaración de insolvencia, en cualquier otro procedimiento (distinto del concurso), y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato; sin embargo, en los demás supuestos, la resolución podrá instarse por la parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diera lugar a la misma; razón por la que el art. 207.5 LCSP'07 (224.5 LCSP'11) añade que, *en caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración, potestativamente,*

continuará el contrato, si el contratista prestare las garantías suficientes, a juicio de aquélla, para su ejercicio.

Por lo tanto, de la lectura de los dos preceptos citados, se desprende que la declaración de concurso, sin apertura de la fase de liquidación, no es ni una causa más de incumplimiento esencial del contrato, ni tampoco una causa automática de resolución, sino una circunstancia, meramente potestativa y habilitante, para que la Administración contratante pueda iniciar el procedimiento de resolución, si el órgano de contratación declara, previa y expresamente: i) que el interés público, cuya tutela le compete, aconseja la continuidad del contrato; y ii) que el contratista ha prestado garantías adicionales, que dicha Administración reputa suficientes, para asegurar la correcta ejecución del contrato; unas garantías adicionales, por cierto, que nada tienen que ver con la garantía definitiva ya prestada, pues no tratan de asegurar la solvencia del contratista, sino el cumplimiento del contrato por el contratista insolvente y que, por eso [como señala el Consejo Económico y Social (CES) del Estado en su dictámenes DD. 1/2002 y 4/2001], bien pueden consistir en medidas tales como un Plan de viabilidad de la empresa.

Esta solución procede de la normativa anterior (que también preveía la posibilidad de prórroga del contrato en los casos de insolvencia provisional o de mera iliquidez, como era la suspensión de pagos) y se sitúa en línea con la *voluntas legis* de la Ley Concursal (Ley 22/2003), en el sentido de que la declaración de concurso no comporte automáticamente la suspensión de actividad de las empresas concursadas, con objeto de dar a las mismas una oportunidad de salir de la situación de iliquidez antes de abrir la fase de liquidación. Por lo mismo, la normativa contractual anterior sólo anudaba la resolución automática de los contratos administrativos a las declaraciones de insolvencia definitiva o quiebra, solución ésta que ahora se reconduce a la decisión de apertura judicial de la fase concursal de liquidación. Además, hay que tener en cuenta que, últimamente, incluso en la propia fase de liquidación, el art. 209.2 b) LCSP'07 [art. 226.2.b) LCSP'11], permite, si concurren determinadas circunstancias, la cesión del contrato; medida que relativiza la eficacia resolutoria de dicha fase concursal de liquidación.

2. Pues bien, en el presente caso, no consta que el concurso de la empresa contratista se encuentre en fase de liquidación, sino que todavía se halla en la fase común del proceso concursal, por lo que la Consejería de Administración Pública y Hacienda, como órgano de contratación, estaría habilitada, por el precitado art. 224.5 LCSP'11, para decidir la continuidad de la ejecución del contrato, siempre que se cumplieran las siguientes condiciones, derivadas del citado precepto legal: i) que dicho órgano de contratación estimase que la continuidad del contrato es adecuada al interés público cuya tutela le compete (estimación que es, obviamente, discrecional, como han reconocido diversos Consejos Consultivos (CC) de las Comunidades Autónomas (por ejemplo CC de Aragón, D.98/12, y CC Castilla y León, DD.1433/11 y 440/12); ii) que el contratista concursado se prestase a continuar la ejecución del contrato y, además, ofreciera garantías

adicionales (a la definitiva ya prestada), las cuales fueran reputadas suficientes por la Administración contratante (cfr., en este sentido, CC de Canarias, D.273/13; CC de Andalucía, D.427/10; y CC del Principado de Asturias, D.163/13); iii) que dicha Administración decidiera, mediante un acto administrativo previo, expreso, ejecutivo y motivado, la continuidad del contrato y la suficiencia de las garantías ofrecidas por el contratista concursado para ejecutarlo (así, CC de Galicia, D.472/13; CC de Canarias, D.273/13 y CC del Principado de Asturias 3/13); y iv) que el contratista efectivamente siga cumpliendo el contrato, ya que, de lo contrario, procederá resolverlo por incumplimiento imputable al mismo (como ha reconocido el CC de Canarias, en su D.76/13).

Si se cumplieran estas condiciones, la declaración de concurso (como señala el Consejo de Estado en su dictamen D.1075/1992) no exoneraría al contratista de seguir cumpliendo el contrato administrativo de que se trate, aunque dicha declaración haya sido solicitada por el propio contratista concursado; y, por el contrario, si tales condiciones no se cumplen y más bien (como señala el Consejo de Estado en su dictamen D.745/10), existen fundamentos suficientes en el expediente para entender que el contrato va a ser inejecutado, el interés público exige la resolución del mismo.

3. Pues bien, ninguna de esas tres condiciones se ha cumplido en el presente caso, ya que, por el contrario: i) la Administración autonómica contratante no se ha mostrado dispuesta a permitir la continuidad de los contratos, sino que ha decidido incoar el procedimiento legalmente previsto para resolverlos; ii) el contratista no ha ofrecido garantías adicionales de cumplimiento; y iii) tampoco la Administración ha dictado ningún acto por el que haya requerido al contratista la continuación de los contratos ni la prestación de garantías adicionales para cumplirlos.

En suma, la Administración contratante está demostrando que, en rigor, ha optado - potestativamente y al amparo del art. 224.5 LCSP'11-, por no imponer la continuidad del contrato, previa prestación y calificación de suficiencia de las garantías adicionales que eventualmente hubiera podido ofrecer el contratista por su propia iniciativa o a requerimiento de la Administración contratante.

Así las cosas, esta decisión potestativa de la Administración contratante resulta amparada por el precepto legal citado y es, por tanto, ajustada a Derecho, siempre que, del expediente, no se deduzca un uso arbitrario de la misma; esto es, siempre que la decisión de que el actual contratista no continúe en la ejecución del contrato pueda ser reputada razonada y razonable, según los principios de buena administración, en el desarrollo de este concreto contrato del Sector público.

Y, esto dicho, este Consejo Consultivo no tiene duda de que es razonable y no arbitraria la decisión administrativa de, en aplicación del art. 224.5 LCSP'11, no continuar

con la ejecución del contrato sometido a nuestra consideración, habida cuenta de la concurrencia de la causa de resolución consistente en la posterior declaración de concurso, que afecta al contratista.

4. La consideración de la concurrencia de la causa de extinción contractual por la declaración del contratista en situación de insolvencia o concurso, plantea, como cuestión derivada, la necesidad de determinar cuál sería el órgano competente y el procedimiento adecuado para decidir la extinción contractual por dicha causa, ya que podría dudarse si lo sería: i) la Administración contratante y a través del procedimiento administrativo especial en materia de contratación; o ii) el Juzgado de lo Mercantil encargado del proceso concursal abierto al contratista y mediante los trámites rituarios establecidos en la legislación concursal.

A) En favor de la competencia del Juzgado de lo Mercantil encargado de la tramitación del concurso de acreedores y de la adecuación del procedimiento establecido al efecto en la legislación concursal, podrían aducirse, entre otras, las siguientes consideraciones: **i)** que el art. 67 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), a cuyo tenor: *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*, pudiera ser interpretado en el sentido de que compete al Juez del concurso conocer y acordar lo necesario sobre la resolución de estos contratos administrativos, al igual que sucede con el resto de contratos sinalagmáticos y no administrativos celebrados con la concursada; **ii)** que la remisión que el citado art. 67 LC efectúa a la legislación especial sobre contratos administrativos pudiera ser entendida en el sentido de que obliga al Juez del concurso a aplicar dicha legislación especial en cuanto a la delimitación de las causas de extinción de los contratos administrativos, pero no le habilita para abdicar, en favor de la Administración contratante, su competencia para apreciar la concurrencia de una concreta causa de extinción referente a los mismos, ni para inaplicar el procedimiento establecido en los arts. 61 y 62 LC para la resolución de los contratos que haya celebrado el concursado; **iii)** que, si el legislador hubiera querido sustraer al Juez del concurso la competencia y el procedimiento para la resolución de los contratos administrativos, lo habría dispuesto expresamente y, sin embargo no lo hecho; **iv)** que lo único que se indica en la LC acerca del órgano competente y el procedimiento adecuado en estos casos es la remisión que se hace en el art. 207 LC a las normas reglamentarias de desarrollo de dicha Ley, sin que quepa que, por vía reglamentaria, se introduzca una excepción no prevista en el art. 8 LC, en el que se establece la competencia del Juez del concurso, tanto para conocer de todas las acciones que se entablen contra el patrimonio del concursado, o que puedan afectarle directamente, como para conocer de la ejecuciones acordadas contra el patrimonio del concursado, cualquiera que sea el órgano que hubiera despachado la ejecución; y **v)** que, en aquellos casos en los que la viabilidad del concurso dependiera exclusivamente de un contrato administrativo, se sustraería del Juez del concurso toda posibilidad de controlar el cumplimiento de la

finalidad instrumental que asigna la Ley al concurso y que no es otra que procurar la continuidad de la actividad empresarial en beneficio de los acreedores del deudor, de suerte que, si pudiera la Administración contratante decidir unilateralmente sobre la resolución de estos contratos administrativos sobre los efectos de la resolución, se dejaría en manos de un órgano extra-concursal la satisfacción -o mejor la insatisfacción-, de los intereses de la masa, en perjuicio de los acreedores, con manifiesto incumplimiento de las previsiones de la Ley Concursal y del principio de igualdad de éstos (*par condicio creditorum*).

B) Sin embargo, en favor de la competencia de la Administración contratante para decidir estos casos de resolución de contratos administrativos mediante el procedimiento administrativo establecido por la legislación especial en materia de contratación del Sector público, podrían aducirse las siguientes razones: **i)** que el citado art. 97 LC se remite a la legislación especial en materia de contratos del Sector público, no sólo en cuanto al fondo del asunto, es decir, en cuanto a si concurre o no una concreta causa de resolución del contrato y a los efectos de la misma, sino también en cuanto a la competencia del órgano de contratación para apreciar tal concurrencia y al procedimiento administrativo al que ha de ajustarse a tal efecto, como lo demuestra el art. 224.1 LCSP'11, a cuyo tenor *la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta ley se establezca*; **ii)** que la potestad atribuida por la legislación especial en materia de contratación administrativa a la Administración contratante (para apreciar la concurrencia de una causa de resolución y para resolver, en consecuencia, el contrato administrativo de que se trate, mediante el procedimiento administrativo correspondiente) es una de las prerrogativas esenciales de Derecho público de las que está investida la Administración contratante en la contratación administrativa por el art. 210 LCSP'11 (a cuyo tenor, *el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta*); **iii)** que la remisión expresa que el art. 67 LC efectúa a la legislación especial en materia de contratación administrativa tiene por objeto, precisamente, preservar esas prerrogativas esenciales del órgano de contratación para evitar que las mismas puedan ser asumidas por el Juez de lo Mercantil en caso de concurso del contratista; y ello, no tanto para limitar las competencias y procedimientos concursales, cuanto para mantener la naturaleza jurídico-pública de los contratos administrativos, los cuales se distinguen, de los contratos que el concursado haya podido celebrar con otros particulares (contratos privados) o incluso con la misma Administración cuando no actúa revestida de prerrogativas de *imperium* (contratos privados de la Administración), precisamente en la incidencia sobre los mismos de las prerrogativas jurídico-públicas del órgano de contratación, las cuales, en rigor, no son sin la proyección sobre el contrato administrativo de potestades administrativas de supremacía general, como la autotutela o ejecutividad de los actos administrativos, que no son privilegios caprichosos o ancestrales y sin sentido actual, sino poderes concretos

conferidos por el ordenamiento jurídico a la Administración pública para la eficaz tutela del interés público que constitucionalmente le compete (cfr. art. 103.1 CE); **iv)** que la Administración contratante, en los contratos administrativos, al actuar, unilateral y extra-concursalmente, las potestades de interpretación, modificación o resolución, no lesiona interés alguno de los demás acreedores, ya que se limita a emplear, en interés público, una potestad que la legislación contractual le confiere y que la legislación concursal, al remitirse a ella, preserva de modo expreso; **v)** que sería absurdo y carente de sentido atribuir al Juez encargado del concurso el ejercicio de potestades administrativas, no sólo en materia contractual sino en otros ámbitos reservados a la Administración pública (como, p.e, las liquidaciones o sanciones tributarias o las devoluciones de ingresos de Derecho público indebidos que puedan resultar procedentes); **vi)** que el contratista y demás interesados pueden interponer los recursos que, en vía administrativa o, en su caso, contencioso-administrativa, procedan contra las decisiones del órgano de contratación; y **vii)** que todo ello no obsta para que, cuando las decisiones administrativas correspondientes devengan firmes, los créditos que, de las mismas, puedan eventualmente resultar en favor de la Administración contratante sean objeto de la insinuación, calificación y tratamiento que proceda en el seno del concurso abierto al contratista.

C) La cuestión no es baladí y, de hecho, ha sido suscitada y debatida por la doctrina científica y en el seno de algunos incidentes concursales ante algunos Juzgados de lo Mercantil (cfr., pe, Sentencia 309/09, del Juzgado de lo Mercantil de Valencia y Auto de 3 de mayo de 2016, del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid); pero este Consejo Consultivo entiende que la misma ha quedado resuelta, sin duda alguna, por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales [previsto en el art. 1 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos jurisdiccionales -LOCJ-, en relación con el art. 38 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial- LOPJ-], en sus Sentencias de 25 de junio de 2007 (conflicto núm. 3/07) y de 22 de junio de 2009 (conflicto núm. 7/08), al declarar que el principio de universalidad de la jurisdicción del Juez del concurso, dirigido a asegurar la eficacia del procedimiento concursal e inferido de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, no puede entenderse en el sentido de vaciar de contenido las prerrogativas de la Administración en orden a la interpretación y resolución de los contratos administrativos. Esta doctrina ha sido reiterada también por las Sentencias, del mismo Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, de 16 de junio de 2011 (que es recogida por el dictamen D. 6/2015, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, para aplicar la remisión que el art. 67.1 LC efectúa a la legislación especial de contratos del Sector público, tanto al fondo del asunto, como a la competencia y al procedimiento que ha de seguir el órgano de contratación), 12 de julio de 2017 y 15 de marzo de 2018 (conflicto núm. 6/2017).

5. En suma, en el presente caso, la declaración de concurso del contratista, aunque no haya llegado a la fase de liquidación, podría constituir causa de resolución del contrato administrativo *ex arts.* 223 b) y 224.5 LCSP'11, la cual, como ha reconocido la precitada jurisprudencia conflictual, podría ser apreciada y declarada por la Administración

contratante, al margen de la competencia del Juez del concurso y sin sujetarse al procedimiento concursal, aplicando para ello las potestades y la competencia conferidas a dicho órgano de contratación; todo ello sin perjuicio: i) de que la preceptiva audiencia al contratista debería darse al administrador concursal que lo represente; y ii) de la insinuación, calificación y tratamiento que, en el seno del concurso, pudieran tener, ulteriormente, los créditos que (en su caso y a consecuencia de la resolución del contrato administrativo que el órgano de contratación decida en firme), pudieran resultar, a favor de la Administración contratante y en contra del contratista concursado, cuestiones éstas que quedan al margen del presente dictamen.

Quinto

No procedencia de incautación de las garantías prestadas

Finalmente, hemos de analizar la cuestión relativa a si han de incautarse a la empresa F.S.S.L. las garantías que hubiera podido prestar por la adjudicación de los servicios contratados, o si, por el contrario, habida cuenta de los antecedentes fácticos y jurídicos del caso, no procede dicha incautación. Al respecto, el art. 225 LCSP'11, establece que

- 1. Cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas.*
- 2. El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista.*
- 3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.*
- 4. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Solo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.*
- 5. Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 223, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista.*
- 6. Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por la causa establecida en la letra g) del artículo 223, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.*

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

Como ya tuvimos ocasión de señalar en el ya citado D.20/16, para que proceda la incautación de las garantías prestadas, se deben cumplir todas las condiciones que se desprenden del indicado precepto, es decir: **i)** que la causa de resolución sean los incumplimientos esenciales imputados al contratista; **ii)** que no se aplique la causa de resolución consistente en la declaración judicial de insolvencia o concurso del contratista o, que si se aplica, el concurso haya sido calificado judicialmente como culpable; **iii)** que se aplique el importe incautado a la indemnización de daños y perjuicios debidos a la Administración contratante; y **iv)** que se devuelva, en su caso, el sobrante al contratista, ya que la incautación (salvo que, en los documentos contractuales, sea configurada como una cláusula penal o sanción por el mero incumplimiento), debe ser reputada un mecanismo de finalidad exclusivamente resarcitoria, como declara el Consejo de Estado en su D.318/12.

La Consejería contratante considera (informe de 29 de enero de 2018, trasladado a la Dirección General de los Servicios Jurídicos) que no ha de incautarse garantía alguna, ya que el concursado no ha sido calificado judicialmente como culpable, extremo con el que este Consejo Consultivo muestra su conformidad, por cuanto, conforme al transcrito art. 225 LCSP'11, sólo deberá acordarse la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.

CONCLUSIONES

Única

A juicio de este Consejo Consultivo, en el presente caso, procede la resolución del contrato sometido a nuestra consideración, por concurrencia en el mismo de la causa de resolución establecida en el art. 223, b) del Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, por la declaración de concurso de la empresa F.S.S.L. sin que deba practicarse incautación alguna de las garantías prestadas por dicha empresa.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero