

## LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR CONCURSO DEL CONTRATISTA: ¿PROCEDE LA INCAUTACIÓN DE LA GARANTÍA?

La regulación tradicional de las situaciones de insolvencia en el ordenamiento jurídico español configuraba las mismas como una causa de resolución de los contratos celebrados con la Administración, que permitía, para los supuestos de quiebra culpable o fraudulenta la extinción del contrato con pérdida de la garantía definitiva. La regulación actual en la materia, contenida en las Leyes de Contratos del Sector Público y Concursal, ha sido modificada recientemente por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, introduciendo un nuevo inciso en la redacción del artículo 208 de la Ley de Contratos del Sector Público para matizar que 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.

**Grupo de Contratos del Sector Público**

**Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.**

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, vino a modificar el régimen tradicional que en materia de situaciones de insolvencia existía en España. A partir de dicha norma, las figuras anteriores – declaración de quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores – se han subsumido bajo la figura única del concurso.

El artículo 67.1 de la Ley 22/2003 establece 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**”.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.

El artículo 206.b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, reconoce como **causa de resolución** de los contratos la **declaración de concurso** o declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

El artículo 207 LCSP determina por su parte 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 ejecución<sup>1</sup>. La **apertura de la fase de liquidación**, dará lugar en todo caso a la **resolución del contrato**.

Así las cosas, presenta especial interés determinar si la resolución del contrato por concurso del contratista determina per se un incumplimiento culpable y por tanto conlleva la incautación de la garantía en el momento de la resolución, o si por el contrario, no obstante ser un incumplimiento, no puede afirmarse a priori su carácter culpable quedando la fianza libre de ejecución.

El artículo 208.4<sup>2</sup> LCSP establece 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.***

***Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable"***

A la vista de la nueva redacción del precepto mencionado resulta que no cabe la resolución del contrato con incautación de la garantía sino cuando el concurso haya sido calificado como culpable.

---

1 La anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas permitía también a la Administración, para los supuestos de quita y espera y de suspensión de pagos, la posibilidad de continuar el contrato si el contratista prestaba garantía suficiente a juicio de aquella para la ejecución del mismo.

2 El artículo 208 LCSP ha sido modificado por el Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo y por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

El artículo 163 de la Ley 22/2003, establece que procederá la **formación de la sección de calificación** del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio (...) y **en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación**.

La apertura de la fase de liquidación determina preceptivamente la **resolución del contrato** (artículo 207 LCSP) y determinará la formación de la sección de calificación del concurso<sup>3</sup>, de manera que:

- si se califica el **concurso como culpable**, procederá la **resolución del contrato con incautación de la garantía**, y
- si se califica el **concurso como fortuito**, deberá acordarse la **resolución del contrato sin ejecución de la fianza**.

Para aquellos contratos en los que se acordara la resolución antes de la fase de liquidación<sup>4</sup> – pues la Administración está facultada para resolver desde el momento en que se haya acordado judicialmente la declaración de concurso -, y en tanto no hubiera tenido lugar la apertura de la 6ª pieza en el procedimiento concursal, puede acordarse la resolución del contrato por concurso del contratista pero **sin** que proceda la **incautación de la garantía**.

Ahora bien, el hecho de que no pueda incautarse la fianza en el propio acuerdo de resolución del contrato cuando éste no ha sido calificado como culpable no conlleva que la Administración no pueda resarcirse de los **daños y perjuicios** derivados de causas ajenas a la propia opción de la Administración de resolver el contrato con base en el mero hecho de la declaración de concurso. Al contrario, **el contratista deberá resarcir a la Administración de los daños y perjuicios que su incumplimiento le hubiera irrogado**, si bien en un momento posterior, y no mediante el mecanismo tradicional de deducir de la mencionada garantía el importe de los daños originados por el contratista<sup>5</sup>.

---

3 Al abrirse la fase de liquidación del concurso el Juez calificará el mismo como culpable o fortuito (arts.163 y 164 Ley 22/2003).

4 También para aquellos supuestos en los que habiéndose acordado la resolución en la fase de liquidación, la calificación del concurso hubiera sido la de fortuito.

5 Así lo ha señalado el Consejo de Estado en el Dictamen 1.736/2010, de 23 de septiembre de 2010.

Conclusiones:

1.- El **concurso del contratista**, aunque determine un incumplimiento del contrato, **no conlleva** *per se* un incumplimiento culpable y no faculta para la **incautación de la fianza**.

2.- Solo cabe la incautación de la garantía en el momento de resolución del contrato cuando el **concurso** hubiera sido calificado como **culpable**, lo que solo puede acontecer una vez abierta la pieza 6ª del procedimiento concursal.

3.- En aquellos supuestos en los que la Administración estuviera facultada para la resolución del contrato y **no** se hubiera procedido todavía a la **calificación** del mismo, y en aquellos supuestos en los que el concurso hubiera sido **calificado como fortuito**, la Administración podrá acordar la resolución pero **no podrá incautar la fianza**, todo ello sin perjuicio de la posible **indemnización de los daños y perjuicios** que el incumplimiento del contratista le hubiese irrogado.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. esta integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma [jlpalma@gomezacebo-pombo.com](mailto:jlpalma@gomezacebo-pombo.com) o al Departamento de Derecho Administrativo, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)