

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo



Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2022 N.º 147

Concurso de causas de resolución del contrato: criterios de preferencia y efectos de la declaración de concurso

El Tribunal Supremo en su reciente Sentencia 295/2022, de 8 de marzo de 2022, arroja luz sobre la controversia anterior a la vigente Ley 9/2018 acerca de dos aspectos de gran relevancia en materia de extinción contractual: el concurso de causas de resolución en el tiempo y la operatividad de la previsión legal de la extinción *ope legis* cuando tiene lugar la apertura de la fase de liquidación en el marco de un procedimiento de concurso.

Cuando se produce el concurso en el tiempo de causas de resolución de un mismo contrato, tiene lugar una patología que por otro lado cobra protagonismo en los periodos en los que – como los tiempos que vivimos ahora – existe cierta crisis económica y circunstancias adversas – como la inflación, la subida de precios de la energía, las dificultades del transporte y la subida de los tipos de interés – que influyen en la capacidad empresarial de cumplir con las obligaciones contractuales contraídas frente a la Administración.

Así lo evidenció la crisis de 2008 y los años subsiguientes, lo que determinó la aparición de numerosas situaciones de concurso material de causas de resolución de un mismo contrato en

los que, ante la laguna legislativa entonces existente al respecto, tuvo lugar una intensa conflictividad que dio lugar a pronunciamientos no siempre unánimes de doctrina (desde especialistas hasta las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa) y jurisprudencia (distintas instancias judiciales).

El conflicto se solventó con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), cuyo artículo 211 dispone en su apartado 2 que “en los casos en que concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”¹.

¹ Este criterio es el que habíamos sostenido desde el Grupo de Contratos del Sector Público de Gómez Acebo y Pombo ya desde nuestros artículos números 42 (año 2013) y 72 (año 2016).

Las consecuencias positivas de la fijación de un criterio legal son innegables y despejan dudas en materia de resolución, si bien la problemática sigue proyectándose respecto de los contratos regulados por normas anteriores a la vigente Ley 9/2017, cuya disposición transitoria primera determina que los expedientes de contratación iniciados y los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, se regirán por la normativa anterior (efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas).

Respecto de estos contratos sujetos a normas anteriores a la Ley 9/2017, es la Jurisprudencia la que debe determinar la regla aplicable, como ha hecho el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia 295/2022, de 8 de marzo de 2022, en la que además de pronunciarse de manera expresa acerca del modo de solucionar la coexistencia de causas de resolución contractual en el tiempo, solventa otro asunto, como es el de la funcionalidad de la causa de resolución derivada del concurso de la contratista – que operaba, hasta la Ley 9/2017, de forma automática desde la apertura de la fase de liquidación -, pero que hasta entonces (y desde la declaración de concurso) se configura, al igual que otras causas de resolución – y en especial el incumplimiento contractual – como un supuesto determinante del ejercicio de una potestad facultativa para la Administración contratante.

El TRLCAP (texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) norma ya derogada, preveía como causas de resolución la declaración de concurso del contratista y el incumplimiento de las obligaciones esenciales², además de disponer que, si en el concurso se había procedido a la apertura de la fase de liquidación, la resolución del contrato era imperativa a diferencia de si procedía por incumplimiento del contratista³ o si en el concurso no se hubiera abierto la fase de liquidación, en cuyo caso la Administración podía decidir la continuación del contrato previa garantía⁴.

Esta regulación se mantuvo en la normativa posterior, esto es, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y en el texto refundido de la Ley Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP).

Sin embargo, el panorama cambió con la vigente LCSP 2017, en cuyo artículo 212.5 la declaración de concurso como causa de resolución pasa a ser siempre de apreciación potestativa⁵, sin referencia a la fase de liquidación, por lo que se generaliza que la Administración opte por la continuación del contrato si lo aconsejan razones de interés público, previa prestación por el contratista de garantías adicionales.

² Artículo 111 apartados b) y g) del TRLCAP.

³ Artículo 112 apartados 1 y 2 TRLCAP.

⁴ Artículo 112.7 TRLCAP.

⁵ El apartado 5 del artículo 212 de la Ley 9/2017 señala que en caso de declaración en concurso la Administración potestativamente continuará el contrato si razones de interés público así lo aconsejan, siempre y cuando el contratista prestare las garantías adicionales suficientes para su ejecución.

En todo caso se entenderá que son garantías suficientes:

- a) Una garantía complementaria de al menos un 5 por 100 del precio del contrato, que deberá prestarse en cualquiera de las formas contempladas en el artículo 108.
- b) El depósito de una cantidad en concepto de fianza, que se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 108.1, letra a), y que quedará constituida como cláusula penal para el caso de incumplimiento por parte del contratista.

Como se ha adelantado, la regulación actualmente vigente ha facilitado la interpretación y aplicación de las previsiones legales en materia de concurso de causas de resolución, si bien existen numerosos contratos regidos por la normativa anterior que precisan de solución en la dinámica de su desenvolvimiento y ejecución, como ocurre con el asunto resuelto por el TS en su STS 859/2022.

1. Planteamiento del Asunto

La empresa EIRE COMPANY, adjudicataria de un contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación de un Área de Servicio, interpuso recurso de reposición frente a la resolución del Ministerio de Fomento de 5 de agosto de 2016, por la que se acordaba la resolución del contrato de concesión por incumplimiento del contrato con incautación de la garantía.

Desestimado el recurso, decidió accionar en vía jurisdiccional mediante la formulación de recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional. El 7 de mayo de 2019, la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia estimatoria de las pretensiones de EIRE COMPANY, anulando las resoluciones administrativas impugnadas, por contrarias a Derecho y, declarando que procede la resolución del referido contrato de concesión desde la apertura de la fase de liquidación del concurso de acreedores de la concesionaria. La SAN declara, además, la improcedencia de la incautación de garantía e impone a la Administración demandada, las costas procesales causadas en la instancia.

2. Cuestión de interés casacional

Formulado recurso de casación por la Abogacía del Estado y dado curso el procedimiento, el Tribunal Supremo dictó la Sentencia número 859/2022.

Admitido a trámite el recurso⁶, se precisó que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si, en casos de concursos de contratistas, la única causa de resolución aplicable sería la apertura de la fase de liquidación del concurso, (en su caso), o si, por el contrario, deben aplicarse otras causas que sean anteriores en el tiempo y persistan en el momento en que se abra la fase de liquidación, en especial el incumplimiento continuado del contrato⁷.

3. Disposiciones relativas al concurso de causas y posiciones de las partes

El abogado del Estado sostuvo que la previsión del artículo 112 de la LCAP, relativa a que la apertura de la fase de liquidación originará siempre la resolución del contrato, no puede interpretarse en el sentido de que ello conlleve obligatoriamente que la extinción del contrato tenga que serlo por la declaración de concurso, si en ese momento concurren otras causas para declarar extinguido el contrato. Antes bien, como establece ahora el artículo 211.2 de la Ley 9/2017, considera que en los casos en que concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo.

⁶ La admisión a trámite del recurso de casación tuvo lugar por Auto de 25 de marzo de 2021.

⁷ El conflicto derivaba de la resolución del contrato por parte de la Administración contratante en virtud del incumplimiento continuado del contrato por parte de la empresa concesionaria, una vez que ya se había declarado ésta en concurso.

Frente a esta postura, la empresa concesionaria considera que no puede aceptarse la aplicación de una causa de resolución preexistente cuando la Administración contratante no ejerció su potestad de resolver incoando el correspondiente expediente mientras pudo y acaba sobreviniendo una causa de resolución que se impone *ope legis*, como es la apertura de la fase de liquidación de la concesionaria⁸.

4. Solución del asunto y jurisprudencia TS

Como es sabido tanto el TRLCAP, como la normativa posterior, esto es, la LCSP y el TRLCSP, contemplaban como ambas causas de resolución la declaración de concurso del contratista y el incumplimiento de las obligaciones esenciales como supuestos que facultaban a la Administración a resolver, previendo sin embargo que la apertura de la fase de liquidación transformaba la resolución en imperativa (mientras que si no se había abierto la fase de liquidación, la Administración podía decidir su continuación pero previa garantía).

¿Por qué? Porque la declaración de concurso como causa de resolución responde a la tutela del interés público que satisface el contrato, cuando el contratista pierde el presupuesto de solvencia exigible para concurrir y seguir cumpliendo con su prestación. Por eso la legislación permitía – antes de que tuviera lugar la apertura de la fase de liquidación - mantener la vigencia del contrato a juicio de la Administración y previa garantía (artículo 112.7 TRLCAP). Así las cosas, el carácter imperativo de la resolución una vez

abierta la fase de liquidación, obedecía a que a partir de ese momento ya no cabía seguir con la ejecución del contrato por razón de las consecuencias de la liquidación en la personalidad del concursado y en su patrimonio.

La imperatividad de esa previsión legal enervaba la potestad de la Administración de optar entre resolver o mantener la ejecución del contrato una vez declarado el concurso, lo que por otro lado también daba lugar a grandes problemas en relación con determinados contratos cuyo mantenimiento era casi una cuestión de interés público (por la parálisis del servicio que suponía, por la dificultad de encontrar nuevos contratistas, etc.), y en ocasiones tanto Administración como contratista querían mantener vigente el contrato y no podían por razón de la eficacia extintiva *ex lege* que tenía la apertura de la fase de liquidación⁹.

Respecto de las situaciones creadas y reguladas por normas anteriores a la vigente Ley 9/2017, y ante el concurso de un incumplimiento esencial y persistente del contrato, en particular su inejecución, que coexiste con la declaración de concurso y en concreto, con la apertura de la fase de liquidación, el fundamento jurídico Tercero de la STS 859/2022 da respuesta a la cuestión de interés casacional señalando que “en caso de haber sido declarado en concurso del contratista, con apertura de la fase de liquidación, si tal causa de resolución concurre con el incumplimiento culpable del contratista como causa de resolución anterior y que persiste, cabe apreciar que procede

⁸ Además, con diferentes consecuencias en cuanto a la garantía, que en caso de incumplimiento culpable se incauta siempre y en caso de concurso declarado fortuito tal incautación no puede tener lugar.

⁹ Tal vez esta sea una de las razones por las que la nueva Ley 9/2017 ha suprimido el carácter automático de la extinción del contrato como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación.

resolver por esta segunda causa.”, es decir, por el incumplimiento culpable.

Por este motivo estima el recurso de casación, anula la sentencia de instancia y

desestima el recurso interpuesto por la contratista contra la resolución administrativa que acordó resolver el contrato por incumplimiento y dispuso la incautación de la garantía.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol, Miguel Ángel García Otero y Josep Ortiz Ballester.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©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.