

LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: RESOLUCIÓN POR CONCURSO Y POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA. LA CONVENIENCIA DE UNA REFORMA NORMATIVA

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

I. OBJETO DE ESTUDIO. RESOLUCIÓN POR CONCURSO Y POR INCUMPLIMIENTO CULPABLE DEL CONTRATISTA: LA CONCURRENCIA DE CAUSAS RESOLUTORIAS.—II. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS POR CONCURSO. UN RÉGIMEN PRECIDADO DE ACLARACIÓN EN EXTREMOS IMPORTANTES: 1. *El fundamento y aplicación de esta causa de resolución*: A) La resolución exige la declaración judicial de concurso. B) La opción de la Administración entre la ruptura del contrato o su mantenimiento hasta la apertura de la fase de liquidación del concurso. C) La apertura de la fase de liquidación determina la resolución del contrato. 2. *Los efectos de la resolución de los contratos por concurso*: A) Su dependencia de la calificación judicial del concurso. B) Los efectos de la resolución en los casos de concurso fortuito: a) La devolución de la garantía al contratista. b) ¿Un derecho de la Administración a la indemnización de los daños y perjuicios causados? C) Las consecuencias de la resolución por concursos culpables: ¿las propias de la resolución por incumplimiento del contratista de sus «obligaciones esenciales»?—III. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA DE SUS OBLIGACIONES ESENCIALES: ¿INCAUTACIÓN, EN TODO CASO, DE LA GARANTÍA?: 1. *La regla del artículo 225.3 del TRLCSP*. 2. *El artículo 225.3 del TRLCSP en la jurisprudencia y en la doctrina de los órganos consultivos*: A) La falta de una interpretación jurisprudencial del precepto. B) El artículo 225.3 del TRLCSP en la doctrina de los órganos consultivos: a) La posición del Consejo de Estado: el derecho del contratista al reintegro de la garantía en la medida en que no existan daños que indemnizar. b) La diferente interpretación del precepto por los Consejos Consultivos autonómicos. C) Conclusión. Una grave quiebra de las garantías básicas establecidas en la norma.—ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES.

RESUMEN

La crisis económica y financiera que España padece, desde hace ya varios años, ha traído consigo un aumento significativo de las resoluciones de contratos administrativos con origen en una declaración de concurso del contratista que, por lo general, viene a sumarse a una previa infracción de sus obligaciones contractuales esenciales, motivo igualmente determinante de la ruptura del contrato. Este estudio tiene por objeto el análisis de los efectos de las resoluciones de contratos tanto por una como por otra causa. Las lagunas y dudas interpreta-

tivas que caracterizan la regulación actual de esta materia llevan a la conclusión de su necesaria reforma.

Palabras clave: contrato; resolución; concurso; incumplimiento del contratista.

ABSTRACT

The economic and financial crisis that Spain is suffering from several years ago, has brought a significant increase in the resolutions of contracts arising from a declaration of insolvency of the contractor; usually adds to a previous violation its essential contractual obligations as decisive reason for the breach of contract. This study aims to analyze the effects of contract terminations therefore a like for other reasons. Gaps and interpretative questions that characterize the current regulation of this area lead to the conclusion of the necessary reform.

Key words: contract; resolution; competition; failure of the contractor.

I. OBJETO DE ESTUDIO. RESOLUCIÓN POR CONCURSO Y POR INCUMPLIMIENTO CULPABLE DEL CONTRATISTA: LA CONCURRENCIA DE CAUSAS RESOLUTORIAS

La crisis económica y financiera que España sufre, desde hace ya varios años, tiene repercusiones importantes en el ámbito de la contratación pública, en donde asistimos, entre otros efectos destacados¹, a un incremento significativo de las declaraciones de concurso de los contratistas que, por lo general, vienen a sumarse a la previa infracción de sus «obligaciones contractuales esenciales»², ya sea, en sus ejemplos más usuales, del plazo de ejecución de las obras, de la prestación de los servicios en los términos convenidos o de la explotación de las instalaciones en los contratos de concesión de obra pública, con lo que, en definitiva, confluyen dos motivos de resolución del contrato cuyas consecuencias merecen ser debidamente analizadas.

¹ Sobre el particular puede verse J. A. MORENO MOLINA, «Repercusiones de la crisis económica sobre la contratación pública», en *Observatorio de Contratos públicos, 2011*, Civitas-Universidad de Zaragoza, Cizur Menor, 2012, págs. 85-108.

² Así, por ejemplo, la Memoria del Consejo Jurídico de la Región de Murcia de 2009 indicaba que «el hecho más destacable de la actividad administrativa que el Consejo Jurídico ha percibido en el año 2009 ha sido la tendencia creciente del número de procedimientos de resolución de contratos administrativos incoada de oficio por incumplimientos imputables al contratista, que han sido 15, frente a los 5 del año anterior». Ese mismo año, O. MIR PUIGPELAT destacaba que la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña «viene constatando desde el año 2008 un aumento de los casos de incumplimiento contractual vinculados de un modo u otro a la crisis económica actual y a las dificultades financieras de los contratistas que ha generado, sobre todo en el ámbito municipal» («Contratación administrativa en tiempos de crisis», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 12/2009, pág. 110).

El ordenamiento de la contratación pública no ha dispuesto nunca de una regla con la que resolver estas hipótesis en las que concurre más de una causa resolutoria del contrato. Fueron el Consejo de Estado y los tribunales contencioso-administrativos los que alumbraron el principio, plenamente consolidado en nuestros días, que mantiene que ante supuestos de esta naturaleza «debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico», de tal forma que si «posteriormente sobrevienen otras causas, éstas son ya irrelevantes»³. La aplicación de esta regla, de singular trascendencia en los casos en los que dichas causas cuentan con efectos legales distintos, lleva, en muchas ocasiones, a que resoluciones que, en puridad, obedecen a situaciones de crisis empresariales que puede ser que ni siquiera sean imputables al contratista terminen convertidas, como puede comprobarse en los muchos dictámenes de órganos consultivos que se enfrentan a situaciones de esta naturaleza⁴, en resoluciones por un incumplimiento del contratista que, como mantienen esos mismos órganos⁵ y la propia jurisprudencia⁶, «la difícil co-

³ Dictámenes del Consejo de Estado 408/2013, de 6 de junio, y 1377/2012, de 24 de enero de 2013.

⁴ Como puede comprobarse, entre otros, en los Dictámenes del Consejo de Estado 1377/2012, de 24 de enero de 2013, o 1101/2013, de 14 de noviembre; o en los Dictámenes del Consejo Consultivo de Canarias 142/2012, de 13 de marzo; 391/2012, de 13 de septiembre, y 516/2012, de 31 de octubre; de Aragón 16/2012, de 6 de marzo, y 98/2012, de 29 de mayo; de Andalucía 8/2013, de 16 de enero; 310/2013, de 8 de mayo; 503/2013, de 9 de julio, y 580/2013, de 11 de septiembre; de Castilla y León 1561/2011, de 19 de enero de 2012; 371/2013, de 29 de mayo, y 412/2013, de 18 de julio; de Valencia 318/2012, de 4 de abril; 380/2012, de 26 de abril; 941/2012, de 13 de diciembre; 72/2013, de 14 de febrero, y 144/2013, de 14 de marzo; de Castilla-La Mancha 88/2010, de 2 de junio; y 200/2013, de 19 de junio; de Madrid 403/2013, de 25 de septiembre; de Murcia 45/2012, de 20 de febrero; 66/2012, de 21 de marzo; 187/2012, de 2 de agosto; 198/2012, de 4 de septiembre; 261/2012, de 5 de noviembre, y 62/2013, de 11 de marzo; de Galicia 402/2012, de 8 de agosto; de Extremadura 145/2013, de 4 de abril; del Principado de Asturias 266/2013, de 27 de noviembre, o 279/2013, de 19 de diciembre; o de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi 175/2009, de 23 de septiembre.

Esta misma regla lleva a los órganos consultivos a decantarse por una resolución fundada en el concurso en hipótesis en las que ésta ha sido, por el contrario, la primera causa de ruptura contractual que se produce en el tiempo, como lo confirman, también entre otros, los Dictámenes 192/2011, de 4 de mayo, del Consejo Consultivo de Galicia; 53/2012, de 26 de enero; y 957/2012, de 15 de noviembre, del Consejo Consultivo de Andalucía; 369/2012, de 24 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias; y 344/2013, de 19 de diciembre, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

⁵ Son muchos, en efecto, los dictámenes que rechazan que «la mala situación económica pueda considerarse causa de fuerza mayor a efectos del incumplimiento del contrato» (Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla y León 272/2012, de 24 de mayo, y 598/2013, de 29 de agosto, o de Valencia 376/2013, de 27 de junio) o que insisten en que «las dificultades financieras constituyen un supuesto incluido en la órbita del riesgo y ventura del contratista» que no puede justificar el incumplimiento de las prestaciones objeto del contrato (Dictamen 88/2013, de 2 de mayo, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias), «legítimar la exoneración de las obligaciones contractualmente asumidas» (Dictámenes 138/2012, de 3 de mayo; 143/2012, de 10 de mayo, y 88/2013, de 2 de mayo, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias). Ante «un incumplimiento patente y carente de justificación en términos jurídicos», procede la resolución «con independencia de la situación del mercado financie-

yuntura económica, ya ésta sea global o particular de la empresa, no puede justificar»⁷. En definitiva, y de conformidad con esta regla, no es posible acudir a la resolución fundada en un concurso cuando media un incumplimiento anterior, pues éste se convierte en causa resolutoria de «aplicación necesaria en buena defensa de los intereses generales que persigue el contrato administrativo»⁸.

Estos supuestos despiertan el interés por el análisis, tradicionalmente muy limitado, de los efectos de la resolución de los contratos administrativos con origen en una declaración de concurso del contratista, al tiempo que propician, de otra parte, una nueva reflexión sobre las consecuencias de la resolución por su incumplimiento culpable del contrato, tradicionalmente discutidas y que los artículos 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y 225 del RDLeg. 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba su Texto Refundido (TRLCSF), han venido a complicar aún más, como lo demuestra la diferente interpretación de la que son objeto por los distintos órganos consultivos. Al margen de nuestra atención quedan, sin embargo, otras cuestiones importantes derivadas de la situación de concurso, como es la prohibición de contratar del afectado⁹, o los muchos aspectos de interés que, con independencia de sus efectos, suscita la resolución por incumplimiento del contratista, como son, entre otros, los que afectan a la propia delimitación del presupuesto de hecho que justifica la ruptura del contrato: el incumplimiento de las «obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato»¹⁰ o a

ro en el que la empresa no ha conseguido el crédito necesario» (Dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja 9/2012, de 20 de febrero).

⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 22.XI.2011 (JUR 2012/3483).

⁷ En expresión de los Dictámenes, entre otros, 89/2012, de 11 de abril; 261/2012, de 5 de noviembre; 272/2012, de 19 de noviembre, y 335/2012, de 20 de diciembre, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

⁸ Dictamen 142/2012, de 13 de marzo, del Consejo Consultivo de Canarias.

⁹ Sobre el particular pueden verse, entre otras, las consideraciones de I. DEL GUAYO CASTIELLA, *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 31-61; M. LINARES GIL, «Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el RDL 6/2010», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm 14/2011, págs. 196-197; T. VÁZQUEZ LEPINETTE, «Los efectos del concurso sobre los contratos administrativos a la luz del Real Decreto-Ley 6/2010», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 22/2011, págs. 317-321, o I. FERNÁNDEZ TORRES, «Algunas consideraciones en torno a los efectos del concurso sobre los contratos del sector público: una perspectiva *ius privatista*», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 143/2009, págs. 500-506.

¹⁰ Ámbito en el que se suscita la duda de si es posible una resolución por incumplimiento de obligaciones que no estén tipificadas en los pliegos o en el contrato pero que afectan a elementos esenciales del mismo, en el sentido apuntado, por ejemplo, por los Consejos Consultivos de Madrid (compilación «Criterios doctrinales», actualizados a 31 de marzo de 2014), Castilla y León (Dictamen 527/2013, de 25 de julio), Castilla-La Mancha (Dictámenes 33/2012, de 29 de febrero, o 300/2012, de 12 de diciembre) o el propio Consejo de Estado (Dictamen 602/2013, de 26 de junio). O si, por el contrario, y como mantienen los Consejos de Aragón (Dictamen 82/2012, de 29 de mayo) o del Principado de Asturias (Dictamen 217/2013, de 17

la determinación misma de cuando ese incumplimiento le es imputable¹¹.

II. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS POR CONCURSO. UN RÉGIMEN PRECISADO DE ACLARACIÓN EN EXTREMOS IMPORTANTES

1. *El fundamento y aplicación de esta causa de resolución*

A) *La resolución exige la declaración judicial de concurso*

El concurso constituye una figura clásica en Derecho mercantil, en el que encuentra su regulación y en cuyo ámbito se le ha dispensado el tratamiento doctrinal que su importancia merece¹². Naturalmente, excede de nuestro cometido el análisis de esta institución en su actual norma reguladora, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), objeto de algunas modificaciones posteriores, la más reciente la efectuada por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de Medidas urgentes en materia concursal. Nos interesa exclusivamente su proyección en el ámbito de los contratos administrativos.

El artículo 67.2 de la LC remite «los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones Públicas» a «lo establecido en su legislación especial»¹³; en la actualidad, el TRLCSP, que entre las causas

de octubre), los contratos, tras la Ley de 2007, no pueden resolverse más que por incumplimiento de obligaciones tipificadas en tales documentos. Estamos, no obstante, ante una cuestión merecedora de un análisis detallado que excede del objeto de este estudio.

¹¹ Sobre el particular puede verse C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 68-129.

¹² La bibliografía, tanto general como específica, sobre la materia es muy amplia. A título puramente ilustrativo pueden consultarse los siguientes comentarios a la Ley vigente: A. ROJO y E. BELTRÁN, *Comentarios de la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, 2004; y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y M. M.ª SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Comentarios a la Ley concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

¹³ Los contratos privados de la Administración, según dispone este mismo precepto, quedan sujetos a lo dispuesto en la propia LC. No debe pasar desapercibido que, de acuerdo con la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación que efectúa el TRLCSP y su clasificación de los contratos, ése será el régimen aplicable a todos los celebrados por una entidad del sector público que no sea Administración pública. I. FERNÁNDEZ TORRES, a cuyas consideraciones me remito, ha reflexionado sobre las dificultades que presenta el artículo 67 en su conexión con los distintos tipos de contratos previstos en la legislación administrativa, en particular tras la promulgación de la Ley 30/2007 («Algunas consideraciones en torno a los efectos del concurso sobre los contratos del sector público: una perspectiva *ius privatista*», *op. cit.*, págs. 496-500).

generales de resolución de estos contratos que enumera su artículo 223 recoge «la declaración de concurso». El fundamento de esta causa resolutoria no es otro que el de preservar el interés público, permitiendo a la Administración liberarse de aquellos contratistas cuya situación de crisis le hacen temer fundadamente que pueden frustrar el fin del contrato al carecer de los medios necesarios para su cumplimiento.

La situación de concurso surge, como establece el artículo 21.3 de la LC, con el correspondiente auto de declaración dictado por el juez de lo mercantil. Es a partir de este momento cuando la Administración podrá ejercer su potestad resolutoria del contrato¹⁴, sin que, por consiguiente, sea suficiente, como expresa el Consejo de Estado en su Dictamen 408/2013, de 6 de junio, y en el mismo sentido los Consejos Consultivos autonómicos¹⁵, «con encontrarse la empresa en una situación de insolvencia que propicie la solicitud del concurso de acreedores, ni tan siquiera haberlo solicitado y que esté en curso el procedimiento concursal». Es necesario que se declare judicialmente tal situación¹⁶. Las propias dificultades de las empresas inmersas en procesos de esta naturaleza explican la frecuencia con la que se ven abocadas a incumplimientos del contrato en ese lapso de tiempo, más o menos amplio, que media entre la solicitud del concurso y su declaración, lo que determina, como decíamos, que el incumplimiento sea la causa de ruptura del contrato. Una solución injusta, en opinión de E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, que podría corregirse, a su juicio, mediante una

¹⁴ El propio Tribunal de Conflictos de Jurisdicción ha avalado la potestad administrativa para decidir sobre los contratos administrativos del contratista. En tal sentido, Sentencia de 16 de junio de 2011 (RJ 2013/4329), con cita de otras anteriores.

¹⁵ Así, por ejemplo, Dictámenes 200/2013, de 19 de junio, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, o 391/2012, de 13 de septiembre, de Canarias.

¹⁶ E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA destaca, además, la importancia de que el contratista ponga el auto de declaración en conocimiento de la Administración, ya que si no lo hiciera «no podría pretender que se le aplique como causa de resolución prioritaria en el tiempo» («La resolución de los contratos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14/2010, pág. 166). No obstante, y como ha puesto de manifiesto I. FERNÁNDEZ TORRES, él es «el primer interesado en comunicar a la Administración su declaración de concurso dados los efectos beneficiosos que para él comporta esta causa de resolución del contrato administrativo frente al incumplimiento del contratista» («Algunas consideraciones en torno a los efectos del concurso sobre los contratos del sector público: una perspectiva *ius privatista*», *op. cit.*, pág. 515), opinión que comparte M. CARLÓN, que advierte, sin embargo, que no cabe descartar la posibilidad de que «oculte abusivamente» la existencia de un auto que sólo alega posteriormente «con el fin de enervar los efectos del incumplimiento contractual», ante lo que concluye que esa información constituye «una especie de carga para el contratista si es que quiere beneficiarse de sus efectos favorables antes de incurrir en incumplimiento», sin perjuicio de que la Administración, claro es, pueda ejercer su potestad resolutoria del contrato cuando tenga conocimiento de la declaración de concurso por otros medios («Comentario al artículo 67», en A. ROJO y E. BELTRÁN, *Comentarios de la Ley Concursal*, *op. cit.*, pág. 1248).

atemperación de las consecuencias propias de la resolución por incumplimiento del contratista¹⁷. Sin negar la validez de la solución propuesta, con la que, en efecto, pueden venir a resolverse de un modo equitativo supuestos en los que ese incumplimiento tiene en su base la propia situación determinante de una declaración de concurso, cabe preguntarse por la conveniencia misma de esa regla que opta siempre por la aplicación de la primera causa resolutoria acaecida en el tiempo, sin tender puente alguno de conexión con aquellas que puedan sucederle. La resolución, en estos casos, del contrato por incumplimiento del contratista sin atención alguna a una declaración de concurso ya en marcha no parece una solución que sea sencillamente acorde con la realidad. El legislador debería atender expresamente a estos supuestos, aceptando quizás esa concurrencia de causas y determinando con claridad los efectos de las situaciones de esta naturaleza.

B) *La opción de la Administración entre la ruptura del contrato o su mantenimiento hasta la apertura de la fase de liquidación del concurso*

La sola declaración de concurso no determina la ruptura del vínculo contractual ni, por consiguiente, libera al contratista del cumplimiento de sus obligaciones. Faculta simplemente a la Administración pública para ejercer su potestad resolutoria del contrato, en el que, no obstante, puede permanecer si, como establece el artículo 224.5 del TRLCSP, «el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución»¹⁸. De acuerdo con este precepto, al igual que antes en aplicación del 112.2 del Texto Refundido de 2000 tras su modificación por la LC, los órganos consultivos reconocen a la Administración «cierta capacidad discrecional para proceder o no a la resolución»¹⁹, en función, lógicamente, de las «circunstancias concurrentes en el caso concreto»²⁰, entre las que ha de valorarse especialmente si las garantías ofrecidas por el contratista «son suficientes para conjurar el riesgo de in-

¹⁷ «La resolución de los contratos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público», *op. cit.*, págs. 157-158.

¹⁸ Garantías que, como ha señalado M. I. LINARES GIL, han de referirse a la «continuidad en la actividad económica y ejecución material del contrato, que pueden quedar reflejadas, por ejemplo, en un plan de viabilidad. No se trata de asegurar la indemnidad económica de la Administración sino la realización del objeto del contrato» («Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el RDL 6/2010», *op. cit.*, pág. 198).

¹⁹ Dictamen 98/2012, de 29 de mayo, del Consejo Consultivo de Aragón.

²⁰ Dictámenes 1433/2011, de 1 de diciembre, y 440/2012, de 2 de agosto, del Consejo Consultivo de Castilla y León.

cumplimiento»²¹, para asegurar que su situación de insolvencia no va a impedir el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, prevaleciendo así «el principio general de continuidad de la actividad empresarial»²². Existiendo, por el contrario, sospechas fundadas de inejecución del contrato, «lo más adecuado al interés público» es proceder a la resolución²³. La Administración ha de motivar y razonar, en cada caso, si las garantías ofrecidas por el contratista son o no suficientes a tal fin²⁴. El contratista, por el contrario, deberá probar que el concurso no ha afectado «a su capacidad operativa»²⁵. En cualquier caso, ha de reconocerse que la Administración dispone de un amplio margen de valoración a la hora de optar entre el mantenimiento o la ruptura del contrato²⁶, lo que cuestiona I. DE GUAYO, que aboga por una modificación legal que elimine «la potestad de resolver el contrato administrativo, pendiente de ejecución, mientras no se haya abierto la fase de liquidación», con lo que la norma de la contratación administrativa «fomentaría la continuidad de empresas viables», que es, en definitiva, «una de las finalidades del moderno derecho concursal»²⁷.

Ahora bien, decidida la continuidad del contrato, nada asegura que el contratista, a pesar de que las garantías prestadas hayan sido consideradas suficientes por la Administración, no vaya a incumplirlo. Ante tal hipótesis, y aun cuando la norma no lo determine expresamente, parece claro que la Administración, en aras de la salvaguarda del interés público afectado, podrá proceder a la resolución. Más dudosa resulta, sin embargo, la determinación de cuál haya de ser su causa, la declaración de concurso o el incumplimiento del contratista. No hemos encontrado en la doctrina de los órganos consultivos pronunciamientos

²¹ Dictamen 273/2013, de 22 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias. En el mismo sentido, y entre otros, Dictámenes 427/2010, de 30 de junio, de Andalucía; o 163/2013, de 25 de julio, del Principado de Asturias.

²² Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 3/2013, de 10 de enero, expresivo de otros muchos en el mismo sentido.

²³ Dictamen del Consejo de Estado 745/2010, de 2 de junio.

²⁴ En tal sentido, y entre otros muchos, Dictámenes 472/2013, de 17 de julio, del Consejo Consultivo de Galicia; o 273/2013, de 22 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias.

²⁵ Como disponen, por ejemplo, el Dictamen del Consejo de Estado 404/2010, de 29 de abril, o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 7 de julio de 2014 (JUR 2014/199862).

²⁶ Aunque resultan frecuentes las referencias en la doctrina de los órganos consultivos a «la cierta potestad discrecional» que la Administración ejerce en estos casos, I. FERNÁNDEZ TORRES insiste en que «garantías suficientes» es un concepto jurídico indeterminado, por lo que la Administración no puede rehusar una petición del contratista de mantenimiento del contrato si «esas garantías son realmente suficientes o cuando el órgano jurisdiccional encargado del concurso apruebe un plan de viabilidad» («Algunas consideraciones en torno a los efectos del concurso sobre los contratos del sector público: una perspectiva *ius privatis-ta*», *op. cit.*, pág. 517).

²⁷ *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, *op. cit.*, págs. 93-95.

claros al respecto, si bien existen algunos dictámenes que parecen admitir que, declarado el concurso, el contrato pueda resolverse por incumplimiento²⁸. Ahora bien, es discutible que, en estos casos, la resolución deba fundarse en este motivo si nos atenemos a esa regla que aboga por la aplicación de la primera causa resolutoria producida en el tiempo²⁹. No debe olvidarse, además, que estamos ante contratos que si se mantienen vivos es porque la Administración, aceptando las garantías ofrecidas por los contratistas, ha apostado por su continuidad; de ahí que, en buena lógica, no deba quedar exonerada de toda responsabilidad si el contratista finalmente incumple, demostrando así que tales garantías no eran suficientes. Esa posible responsabilidad de la Administración podría venir a modular los efectos propios de la resolución por culpa del contratista en el sentido tradicionalmente apuntado por la doctrina de los órganos consultivos y la jurisprudencia contencioso-administrativa³⁰. Se trata, no obstante, de una cuestión importante precisada de una respuesta legal clara y en la que se evidencian, de nuevo, las importantes conexiones que, en la práctica, se producen entre los supuestos de resolución por concurso y por incumplimiento del contratista, sin que el Derecho las atienda.

C) *La apertura de la fase de liquidación determina la resolución del contrato*

La potestad de la Administración para decidir sobre la ruptura o el mantenimiento del contrato desaparece con la apertura de la fase de liquidación del concurso³¹, que, como determina el artículo 224.2 del TRLCSP, dará «siempre lugar a la resolución». Surge, en estos casos, «una circunstancia que, objetivamente, certifica la falta de solvencia económica y financiera de la empresa y, por ende, de su capacidad para

²⁸ Es el caso del Dictamen 76/2013, de 15 de marzo, del Consejo Consultivo de Canarias, que señala que la legislación sobre contratación administrativa «no anuda al hecho de la declaración de concurso del contratista ningún límite a la potestad administrativa de resolución contractual por incumplimiento del contratista, sean anteriores o posteriores a esa declaración». También el Consejo Consultivo de Madrid parece apuntar en esta línea y, así, en su compilación de «Criterios doctrinales», actualizados a 31 de marzo de 2014, manifiesta que «la declaración de concurso no impide a la Administración el inicio de un procedimiento de resolución por causa imputable al contratista». Ahora bien, cita, como expresión de ello, el Dictamen 403/2013, de 25 de septiembre, que informa una propuesta de resolución en la que el incumplimiento que se imputa a la contratista es «anterior a la situación concursal».

²⁹ En tal sentido, I. DEL GUAYO, *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, op. cit., pág. 98.

³⁰ Sobre el particular puede verse C. BARRERO, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, op. cit., págs. 208-277.

³¹ En los términos previstos en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título V de la LC.

cumplir con sus obligaciones»³², una situación en la que ya no puede garantizarse la correcta ejecución del contrato ni, por tanto, la satisfacción del interés público, lo que explica que la norma la considere «causa objetiva o automática de resolución»³³.

Ahora bien, no es cierto, como indica el precepto, que la apertura de la fase de liquidación dé «siempre lugar» a la resolución del contrato, toda vez que el artículo 226 del propio TRLCSP, tras su modificación por el RDL 6/2010, de 9 de abril, de Medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, permite la cesión del contrato por el contratista en situación de concurso, aun abierta la fase de liquidación y aunque no haya cumplido con el requisito general, establecido en la letra b) del apartado 2.º, de «haber ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato». La apuesta por el mantenimiento de los contratos, objetivo claro de esta disposición³⁴, cuenta con una nueva y reciente manifestación en la Disposición Adicional Segunda ter introducida en la LC por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, que al objeto, según manifiesta su Preámbulo, de «articular soluciones que permitan dar continuidad a la actividad objeto del contrato» establece un «régimen especial aplicable a las situaciones de insolvencia de las empresas concesionarias de obras y servicios públicos, o contratistas de las administraciones públicas», que concreta en la posibilidad de que se acumulen los procesos concursales ya iniciados si se formulan propuestas de convenios que afecten a todos ellos³⁵. Se trata de una previsión que, al margen de otras cuestiones de interés que exceden de este análisis, confirma la superación de la regla del artículo 224.2 del TRLCSP por el ordenamiento más reciente, precepto que, en consecuencia, se tendría que haber modificado para convertir

³² Dictamen 136/2008, de 3 de julio, de la Comisión de Euskadi. En el mismo sentido pueden verse los Dictámenes del Consejo de Estado 1916/2011, de 21 de diciembre; del Consejo Consultivo de Canarias 291/2012, de 14 de junio; de Madrid 403/2013, de 25 de septiembre; o de Murcia 155/2013, de 5 de junio.

³³ Dictamen 206/2013, de 3 de octubre, del Consejo del Principado de Asturias.

³⁴ Al respecto pueden verse las consideraciones de T. VÁZQUEZ LEPINETTE, «Los efectos del concurso sobre los contratos administrativos a la luz del Real Decreto-Ley 6/2010», *op. cit.*, pág. 324.

³⁵ Así, y tras remitir a las especialidades establecidas en la legislación de contratos, dispone que «asimismo, en estos concursos se acordará la acumulación de los procesos concursales ya iniciados cuando se formulen propuestas de convenio que afecten a todos ellos, pudiendo ser presentadas las propuestas de convenio por las administraciones públicas, incluidos los organismos, entidades y sociedades mercantiles vinculadas o dependientes de ellas. Podrá condicionarse la aprobación de la propuesta de convenio presentada en cada uno de los procedimientos concursales a la aprobación de las propuestas de convenio presentadas en los restantes procedimientos concursales acumulados según lo establecido en esta disposición».

la regla absoluta que establece, y que no es cierta, en una norma de carácter general.

Debe finalmente señalarse que el que la apertura de la fase de liquidación determine la resolución del contrato no significa que la Administración, como ya puso de manifiesto C. CHINCHILLA, no tenga que seguir el procedimiento correspondiente, que, aparte de ser un imperativo constitucional, es absolutamente necesario al objeto, entre otros fines, de liquidar el contrato y determinar el destino de la garantía³⁶.

2. *Los efectos de la resolución de los contratos por concurso*

A) *Su dependencia de la calificación judicial del concurso*

Los efectos de la resolución contractual fundada en el concurso del contratista dependen de su calificación judicial como «fortuito o culpable». Esta segunda declaración procede en los supuestos establecidos en el artículo 164.1 de la LC, «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 personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieran tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso». El apartado 2.º del mismo precepto recoge, además, una serie de causas que necesariamente determinan esa calificación³⁷, en tanto que el artículo 165 prevé circunstancias que hacen

³⁶ «Efectos de la declaración del concurso sobre los contratos celebrados con las Administraciones Públicas», en L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y M. M.ª SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Comentarios a la Ley concursal, op. cit.*, págs. 376-377.

³⁷ «1.º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara. 2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos. 3.º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado. 4.º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación. 5.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos. 6.º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia».

Existe una amplia jurisprudencia civil que interpreta el alcance de estos motivos. En este sentido, y entre otras, pueden consultarse las Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2012 (RJ 2012/259), 21 de mayo de 2012 (RJ 2012/6537), 20 de diciembre de 2012 (RJ 2013/1623) o 27 de marzo de 2014 (RJ 2014/2147).

presumir, salvo prueba en contrario, «la existencia de dolo o culpa grave»³⁸. En conclusión, el concurso tendrá la calificación que judicialmente le haya sido otorgada en aplicación de estos criterios y a esa declaración ha de estar, por consiguiente, la Administración.

Debe repararse en que la LC concreta los supuestos en los que el concurso puede ser declarado culpable, lo que no hace el TRLCSP en relación con el incumplimiento culpable del contratista en el ámbito del contrato administrativo, ante lo que la jurisprudencia contencioso-administrativa y la doctrina de los órganos consultivos mantienen que éste concurre siempre que la infracción del contrato no esté fundada en un hecho fortuito o causa de fuerza mayor o venga determinada por actuaciones de la propia Administración³⁹. Ello quiere decir que puede ser declarado no culpable en el ámbito del concurso quien previamente ha sido considerado como tal a los efectos de una resolución por incumplimiento de un contrato que, en último término, tiene su origen en esa situación de crisis que lo ha abocado al concurso. Expresado de otro modo, puede verse gravado con los efectos propios de una resolución por incumplimiento culpable quien de haber podido esperar, ejecutando correctamente la prestación objeto del contrato, a ese momento posterior de una resolución por concurso fortuito se habría vis-

³⁸ Son las siguientes: «1.º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso. 2.º Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores. 3.º Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso. 4.º Se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la Disposición adicional cuarta. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis 4.º. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos.

En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior».

Sobre el alcance de este precepto puede verse la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014 (RJ 2014/2159).

³⁹ Sobre esta cuestión puede verse C. BARRERO, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, op. cit., págs. 106-129.

to beneficiado por el régimen, más favorable para él, de una ruptura por esta causa.

Veamos detalladamente los efectos de la resolución por concurso según cuente con la calificación de culpable o fortuito, así como por incumplimiento del contratista.

B) *Los efectos de la resolución en los casos de concurso fortuito*

a) *La devolución de la garantía al contratista*

«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». El artículo 225.4 del TRLCSP circunscribe en los indicados términos la pérdida de la garantía a las resoluciones fundadas en concursos declarados culpables, excluyéndola, *a contrario sensu*, en las hipótesis de concursos fortuitos. La regla legal, procedente de la modificación del artículo 208.4 de la LCSP por el RDL 6/2010, de 9 de abril⁴⁰, es, pues, clara. La resolución de un contrato con origen en una declaración de concurso fortuito se produce sin pérdida de la garantía, que, por consiguiente, deberá devolverse al contratista. Ahora bien, es posible, y de hecho así ocurre con frecuencia dada la propia tramitación judicial de los concursos, que cuando éstos se califican el contrato ya se ha resuelto en un momento anterior en el que, por consiguiente, no ha podido determinarse el destino de la garantía. En estos casos, la doctrina de los órganos consultivos, con alguna excepción ciertamente⁴¹, aboga por la retención provisional de la garantía, como medida cautelar, hasta que se produzca la calificación del concurso y pueda, por tanto, determinarse su destino⁴².

⁴⁰ El objeto de la modificación, según manifiesta expresamente su Preámbulo, no es otro que el de «favorecer la actividad empresarial».

⁴¹ Es el caso del Consejo Consultivo de Canarias, que en su Dictamen 273/2013, de 22 de julio, mantiene, en la misma línea que otros anteriores, que si «la Administración decide resolver el contrato por la mera declaración de concurso del contratista» está «obligada a devolver o cancelar la garantía, porque el art. 208.4 LCSP sólo permite acordar la pérdida de la garantía en caso de resolución por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido declarado culpable». Considera, pues, contraria a Derecho la propuesta de resolución en el extremo relativo a la suspensión de un pronunciamiento sobre el destino de la garantía hasta que el concurso sea calificado.

⁴² Así puede comprobarse, entre otros, en el Dictamen del Consejo de Estado 745/2010, de 2 de junio, o en los Dictámenes 145/2012, de 11 de junio; 273/2012, de 19 de noviembre, o 155/2013, de 5 de junio, del Consejo Jurídico de la Región Murcia; 427/2010, de 30 de junio; 53/2012, de 26 de enero; 957/2012, de 15 de noviembre; 85/2014, de 10 de febrero, y 479/2014, de 2 de julio, del Consejo Consultivo de Andalucía; 442/2012, de 21 de junio, del Consejo Consultivo de Extremadura; 3/2013, de 10 de enero; 160/2013, de 25 de julio; 163/2013, de 25 de julio, y 206/2013, de 3 de octubre, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias; o 5/2014, de 9 de enero, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña.

b) *¿Un derecho de la Administración a la indemnización de los daños y perjuicios causados?*

La resolución de los contratos con origen en la declaración de concurso fortuito del contratista suscita una cuestión fundamental sobre la que nuestro ordenamiento no se pronuncia, a pesar de su importante trascendencia práctica, la relativa a la posible exigencia al contratista de una indemnización por los daños y perjuicios que haya podido ocasionar a la Administración.

Es cierto que estamos ante supuestos en los que la calificación judicial del concurso ha excluido la culpabilidad del contratista, lo que, de entrada, podría llevar a pensar en la improcedencia de ese deber. Ahora bien, el hecho de que el concurso sea considerado por el juez mercantil como fortuito significa sencillamente que en la persona o entidad afectada no concurre ninguna de las circunstancias que, en aplicación de la LC, hubieran determinado su culpabilidad. Tal calificación, sin embargo, no debe ser interpretada como una declaración general de exoneración de la responsabilidad en la que haya podido incurrir con base en otros títulos distintos, aunque sólo sea el principio general de responsabilidad de las partes en el ámbito del contrato fundado en los artículos 1101 y siguientes del Código civil, aplicable en la contratación administrativa, como han reconocido siempre la jurisprudencia contencioso-administrativa⁴³ y la doctrina de los órganos consultivos⁴⁴. Ha de reconocerse, sin embargo, que no se encuentran ni en la jurisprudencia ni en la doctrina de los órganos consultivos pronuncia-

⁴³ Existe, en efecto, como indicara la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1987 (RJ 1987/4763), un «principio general acuñado por la doctrina civilista y válido también para la contratación administrativa, que obliga al deudor de buena fe a sufrir las consecuencias adversas... que determinen el incumplimiento de las cláusulas contractuales», principio que puede fundamentar tanto el deber de la Administración de indemnizar al contratista (Sentencias, entre otras, del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004, RJ 3926, o del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 31 de enero de 2004, JUR 11560) como la obligación de éste de responder ante la Administración por los daños causados (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1974 (RJ 828)).

⁴⁴ Tampoco los órganos consultivos dudan en considerar aplicables al contrato administrativo «las normas y criterios que presiden los supuestos de culpa contractual» (Dictamen del Consejo Consultivo de Galicia 1/1998, de 26 de febrero). El Dictamen, por ejemplo, 1/2000, de 11 de enero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en términos posteriormente recogidos por los Dictámenes 55/2004, de 13 de mayo, o 154/2004, de 1 de diciembre, concreta los presupuestos determinantes de esta responsabilidad: a) «La imputación al agente de un incumplimiento del que emanen las causas que pudieran producirlo»; b) «La realidad cierta y justificada de los daños y perjuicios causados»; y c) «La relación causal directa y efectiva entre el resultado dañoso y la actuación imputada al contratista».

En el mismo sentido pueden consultarse, entre otros, los Dictámenes 472/1998, de 30 de abril, del Consejo de Estado; 90/2004, de 10 de marzo, del Consejo Consultivo de Castilla y León; o 196/2009, de 26 de marzo, del Consejo Jurídico Consultivo de Valencia.

mientos que avalen de una manera clara el posible deber del contratista de indemnizar a la Administración los daños que haya podido causarle en los supuestos de contratos resueltos por concursos declarados fortuitos, aunque sí existen algunos dictámenes que apuntan en esta línea. Entre los más destacados figura el Dictamen 136/2008, de 3 de julio, de la Comisión Jurídica de Euskadi, que en relación con un contrato de obra y ante su resolución por «un concurso que tiene carácter voluntario y no culpable» mantiene, aunque sin ahondar en su fundamento, que el contratista debe «responder ante la Administración por la frustración de la ejecución del contrato e indemnizarla por los daños y perjuicios irrogados». Otros dictámenes de otros órganos consultivos (así, los Dictámenes 444/2012, de 28 de noviembre, del Consejo Consultivo de Galicia; 442/2012, de 21 de junio, y 647/2012, de 31 de octubre, del Consejo de Extremadura; 328/2012, de 27 de diciembre, del órgano consultivo de Castilla-La Mancha; 440/2012, de 2 de agosto, del Consejo Consultivo de Castilla y León; o 27/2008, de 24 de enero, de Canarias) parecen reconocer también esta responsabilidad en supuestos, sin embargo, en los que, a diferencia del caso anterior, no existe calificación del concurso, si bien es verdad que en ningún momento declaran, como sí lo hacen respecto del destino de la garantía, que ese deber de indemnizar los daños causados esté supeditado a lo que resulte de esa calificación⁴⁵. Ahora bien, se encuentran también dictámenes

⁴⁵ Así, el Dictamen del órgano consultivo gallego considera que carece «de sustento la oposición a que la extinción anticipada del contrato se produzca sin indemnización», en tanto que los del órgano consultivo extremeño informan favorablemente resoluciones fundadas, en términos del primero de los dictámenes citados, en «la declaración de concurso de una de las empresas integrantes de la UTE adjudicataria, con indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento e incautación, en su caso, de la garantía constituida en los términos previstos por la Ley de Contratos del Sector Público». También el Dictamen 328/2012, de 27 de diciembre, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, tras señalar la necesidad de esperar a la calificación del concurso para determinar si procede, en su caso, la incautación de la garantía, avala la decisión de la Administración consultante de remitir a un procedimiento administrativo posterior e independiente la cuantificación de los daños y perjuicios causados que se han de exigir al contratista. Este mismo órgano consultivo, en su anterior Dictamen 96/2009, de 13 de mayo, había ya destacado, en un supuesto en el que no consta que dicho concurso haya entrado en fase de liquidación o que el mismo haya sido calificado como «culpable por la autoridad judicial», que «pese a tener cabida en la Ley, la entidad contratante no ha manifestado en modo alguno que la situación de demora que se imputa a la parte contratista le haya ocasionado daños o perjuicios que pudieran ser exigibles a ésta, razón por la que no es posible a este Consejo pronunciarse sobre tal extremo». También el Consejo Consultivo de Castilla y León parece avalar este deber de indemnización en su Dictamen 440/2012, de 2 de agosto, que, en el sentido ya mantenido por el 710/2010, de 15 de julio, «considera conveniente apuntar la posibilidad de que en el Decreto por el que se resuelva el contrato se determinen los daños y perjuicios que en su caso debieran ser indemnizados por el contratista y que se proceda a la personación de la Diputación Provincial en el proceso concursal, con la finalidad de lograr la satisfacción del crédito que el importe de aquella indemnización pudiera constituir». El Dictamen, finalmente, 27/2008, de 24 de enero, del Consejo Consultivo canario afirma que en todo caso «la Propuesta de Resolución ha de pronunciarse expresamente sobre el mantenimiento de la garantía, no sólo por la remisión

que, en el sentido de algunas sentencias dictadas bajo la vigencia del Texto articulado de Contratos de 1965⁴⁶, mantienen la tesis contraria, como se aprecia de manera destacada en el Dictamen 471/ 2012, de 26 de julio, del Consejo Consultivo de Madrid, que sostiene que «en caso de que se califique la insolvencia como fortuita, el incumplimiento no sería imputable al contratista con la consecuencia de que éste no tendría que indemnizar los daños y perjuicios causados, ni procedería la incautación de la garantía». La segunda de estas consecuencias constituye, en efecto, la aplicación clara de la regla hoy dispuesta en el artículo 225.4 del TRLCSP; más discutible resulta, sin embargo, el mantenimiento de la primera, que, a diferencia de la anterior, no está expresamente prevista en la regulación propia de esta causa de resolución y puede, además, contravenir los principios básicos del sistema de responsabilidad patrimonial que diseña nuestro ordenamiento.

Si se admitiera que la resolución de un contrato en los casos de concursos declarados fortuitos no exonera al contratista del deber de responder ante la Administración por los posibles daños y perjuicios causados surgiría otra duda importante, la de si la entidad contratante podría incautar la garantía a los efectos de hacer valer sobre ella la cuantía a la que asciendan esos daños. El TRLCSP se opone a esta posibilidad en su artículo 225.4, en términos que confirma el 102.1, que prevé su devolución en los supuestos de resolución sin culpa del contratista. Ahora bien, el reintegro de la garantía tiene pleno sentido en los casos en los que, al no existir daños que indemnizar, su incautación juega con un alcance puramente punitivo, que es justamente el que el legislador parece querer excluir. Más discutible puede resultar, sin embargo, esa devolución en las hipótesis en las que, ante la presencia de daños que compensar, la garantía puede cumplir con una función liquidatoria o resarcitoria de los mismos. Poco sentido tendría, en efecto, que se le devolviese al contratista para simultánea o seguidamente solicitarle la reparación de esos daños. Ésta es, sin embargo, una distinción que la norma no establece y que, por consiguiente, no hemos encontrado reflejada en la doctrina de las instancias que interpretan este régimen. Es, no obstante, una distinción importante que debería tenerse en cuenta en orden a precisar, lo que parece necesario, los efectos propios de la resolución de los contratos en los casos de concursos que judicialmente han sido declarados fortuitos.

al resultado del procedimiento concursal en los términos expuestos, sino también para la cobertura que en su caso resulten de las eventuales consecuencias dimanantes de la ejecución del contrato».

⁴⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1985 (RJ 1985/1488) y 16 de julio de 1991 (RJ 1991/6339).

C) *Las consecuencias de la resolución por concursos culpables: ¿las propias de la resolución por incumplimiento del contratista de sus «obligaciones esenciales»?*

El artículo 225.4 del TRLCSP sólo prevé como consecuencia de la resolución fundada en una declaración de concurso culpable la pérdida de la garantía. Ahora bien, la jurisprudencia contencioso-administrativa⁴⁷ y la doctrina de los órganos consultivos⁴⁸, en aplicación de las normas vigentes en cada momento, no han dudado en ocasiones, como tampoco lo han hecho los autores⁴⁹, en afirmar también el deber del contratista de indemnizar a la Administración los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar, al igual que sucede en los casos de resolución por incumplimiento culpable de sus obligaciones esenciales, pues tal es, según se manifiesta, la situación que, en definitiva, se produce en estas hipótesis.

Esta equiparación, en último término, de los efectos de las resoluciones por concursos culpables y por incumplimiento del contratista de sus obligaciones esenciales no puede, sin embargo, darse por buena sin una mayor atención a lo dispuesto en las normas vigentes. Entre un supuesto resolutorio y otro pueden existir, de entrada, diferencias muy importantes en función de la interpretación que se efectúe del artículo 225.3 aplicable a las resoluciones con origen en ese segundo motivo. Y es que así como el artículo 225.4 prevé la incautación de la garantía como consecuencia propia de la ruptura del contrato en el caso de concurso declarado culpable⁵⁰, el 225.3 se limita a establecer que la in-

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de septiembre de 2001 (JUR 2011/17911).

⁴⁸ Dictamen, entre otros, 471/2012, de 26 de julio, del Consejo Consultivo de Madrid.

⁴⁹ Así, M. I. LINARES GIL considera que «resultaría llamativo que una resolución del contrato que traiga causa del concurso culpable del contratista no fuera a su vez conceptuada como resolución por incumplimiento culpable del mismo» («Concurso de acreedores y contratación administrativa», *op. cit.*, pág. 203). Por su parte, M. CARLÓN cita como efectos propios de la resolución, en estos casos, la incautación de la garantía y la indemnización de daños y perjuicios («Comentario al artículo 67», en A. ROJO y E. BELTRÁN, *Comentarios de la Ley Concursal*, *op. cit.*, págs. 1246-1247), a los que igualmente se refiere T. VÁZQUEZ LEPINETTE, que estima, no obstante, que no «tiene mucho sentido la incautación por parte de la Administración del exceso del importe de la garantía que sobrepase los daños y perjuicios causados» («Los efectos del concurso sobre los contratos administrativos a la luz del Real Decreto-Ley 6/2010», *op. cit.*, pág. 330).

⁵⁰ En esta línea, y entre otros, Dictámenes del Consejo Jurídico de la Región de Murcia 89/2012, de 11 de abril, o 261/2012, de 5 de noviembre.

T. CANO CAMPOS considera que el artículo 225.4 impone, en todo caso, la incautación de la garantía [«La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista», en J. E. SORIANO GARCÍA (dir.), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014,

demnización a la que, en su caso, venga obligado el contratista se hará efectiva sobre la garantía, quedando responsable en lo no cubierto por su importe. No determina, sin embargo, el precepto si la garantía se incautará igualmente en la medida en que no existan daños que indemnizar o si, por el contrario, el contratista tiene, en estos casos, derecho a su devolución. De prosperar esta segunda interpretación, habrá que concluir que la resolución basada en situaciones de concurso culpable del contratista conlleva un efecto de incautación autonómica de la garantía que, sin embargo, y tras la reforma de 2007, habría desaparecido en los casos de resolución con origen en el incumplimiento de sus obligaciones esenciales, con lo que, en definitiva, las consecuencias de este supuesto de ruptura contractual serían menos gravosas para él que las propias de extinciones anticipadas de contratos en casos de concursos culpables.

Junto a éste, existe también otro dato importante que no debe pasar desapercibido. El artículo 225.3 adscribe el importe de la garantía a la indemnización de los daños que el contratista viene obligado a reparar. Una vinculación que no existe en el 225.4, que ni siquiera prevé expresamente un deber de indemnizar tales daños y que parece concebir la incautación de la garantía como pena convencional ligada a la calificación culpable del concurso⁵¹, que se impondría, por tanto, con entera independencia de ese deber. Ahora bien, hay que tener en cuenta que esa consideración tan extendida del concurso culpable como un supuesto más de incumplimiento del contratista implica, en último término, la reconducción de estos supuestos al ámbito de aplicación del artículo 225.3 y, por tanto, el reconocimiento de la posibilidad de que los daños sean compensados con la garantía incautada, posición defendida por algún autor⁵² pero que quizás exija alguna reflexión. Y es que no debe pasar por alto que aunque ambos apartados del precepto tienen como presupuesto de hecho un juicio de culpabilidad del contratista, dicho juicio deriva de factores sustancialmente distintos. En el caso de la declaración de concurso, de actuaciones ligadas a la propia gestión empresarial; en las hipótesis previstas en el 225.3, de la infracción, sin causa que lo justifique, de sus obligaciones contractuales

págs. 1818-1820]. Opinión que no comparte, sin embargo, I. DEL GUAYO, para quien «la LCSP permite que se acuerde la pérdida de la garantía en caso de concurso culpable (y sólo 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». El propio I. DEL GUAYO reconoce, no obstante, que no es ésta la tesis que mantienen otros autores, como, por ejemplo, M. I. LINARES GIL (*Contratos del sector público y concurso de acreedores*, op. cit., pág. 112).

⁵¹ En tal sentido, C. YÁÑEZ DÍAZ, «La garantía definitiva en la Legislación de contratos públicos: Su problemática incautación en la doctrina de los consejos consultivos», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 18/2012, pág. 154.

⁵² I. DEL GUAYO, *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, op. cit., pág. 123.

esenciales. No son, pues, supuestos iguales que permitan, sin más, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 225.3 a las hipótesis de resolución por concurso culpable. El artículo 225.4 no vincula el importe de la garantía a la indemnización de los daños causados, y ésta es la regla que ha de prevalecer

Con independencia de cuál sea la interpretación correcta de los apartados 3.º y 4.º del artículo 225, lo que parece indiscutible es la necesidad de una regulación más completa de los efectos de la resolución del contrato administrativo con origen en una declaración de concurso del contratista que supla las lagunas y aclare las dudas que caracterizan a la normativa actual. Entretanto se produce esa conveniente reforma normativa, sería deseable una mayor profundización por las instancias encargadas de la interpretación y aplicación del Derecho en los efectos de estos supuestos de resolución contractual y sobre su posible coincidencia con los que son propios de la extinción del contrato por incumplimiento del contratista de sus obligaciones esenciales, lo que pasa por aclarar cuáles son realmente las consecuencias que el artículo 225.3 impone en estos casos, lo que, como seguidamente analizamos, no está, en estos momentos, nada claro.

III. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA DE SUS OBLIGACIONES ESENCIALES: ¿INCAUTACIÓN, EN TODO CASO, DE LA GARANTÍA?

1. *La regla del artículo 225.3 del TRLCSP*

La resolución del contrato comporta siempre su liquidación o, lo que es lo mismo, el abono al contratista de aquella parte del contrato que hubiese realmente ejecutado. El contratista, por su parte, deberá, como establece el artículo 225.3 del TRLCSP, 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». Igualmente, el contratista podrá ser inhabilitado para contratos posteriores con la Administración en los términos establecidos en los artículos 60 y 61 del propio TRLCSP. Centraré mi atención en los efectos de pérdida de la garantía e indemnización de daños y perjuicios, pues sobre ellos recaen los importantes problemas interpretativos que el citado artículo 225.3 plantea.

La regla del 208.3 de la LCSP, más tarde 225.3 del TRLCSP, aunque parecida, no coincide con la que para estos mismos supuestos establecía el artículo 113.4 del Texto Refundido de 2000, que disponía que «al contratista le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar al órgano de contratación los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada»⁵³.

La comparación entre ambas normas evidencia que tanto en una como en otra la garantía se adscribe a la indemnización de los daños que el contratista haya podido causar a la Administración. Ahora bien, el artículo 225.3 de la disposición vigente, a diferencia de la norma anterior, no dispone la incautación de la garantía como efecto propio de toda resolución contractual imputable al contratista, existan o no daños de los que deba responder. Se limita a prever su adscripción a la indemnización de tales daños, planteando la duda de si está reconociendo, por consiguiente, el derecho del contratista a su reintegro en aquella parte de su cuantía que no sea necesaria a tal fin⁵⁴.

En principio, y dado que el artículo 225.3 no prevé expresamente la incautación de la garantía como consecuencia que se anuda necesariamente a la resolución del contrato, pudiera efectivamente aceptarse que impone a la Administración la obligación de devolverla en la medida en que no existan daños que indemnizar, lo que puede, además, venir avalado en la importante novedad que esta norma supone en una larga tradición histórica que ha previsto de modo expreso la pérdida de la fianza en los casos de resoluciones contractuales por incumplimiento culpable del contratista⁵⁵. Ahora bien, esta interpretación encuentra, en mi opinión, un escollo importante en el artículo 102.1 del propio TRLCSP, que condiciona la devolución de la garantía, en los casos de resolución contractual, a que ésta se haya producido «sin culpa del contratista», excluyéndola por consiguiente, *a contrario sensu*, en los supuestos en los que la ruptura del contrato le sea imputable⁵⁶. De ser ésta

⁵³ Regla, por cierto, que se mantiene, sin variación alguna, por el artículo 271.4 del TRLCSP vigente para el contrato de concesión de obra pública.

⁵⁴ Puede señalarse que en la tramitación de la LCSP no se encuentran datos que puedan ayudar a la interpretación del precepto. La regla que hoy figura en el artículo 225.3 del TRLCSP aparecía en el Proyecto de la que se convertiría en Ley 30/2007 en los mismos términos en los que fue aprobada (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A, núm. 95-1, 8 de septiembre de 2006) y no suscitó la más mínima discusión; de hecho, no fue objeto de ninguna enmienda (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A, núm. 95-1, 29 de marzo de 2007). Tampoco el Consejo de Estado, en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, al Anteproyecto de Ley, había efectuado la más mínima consideración al respecto.

⁵⁵ Sobre el particular puede verse C. BARRERO, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, op. cit., págs. 144-195.

⁵⁶ En tal sentido, T. CANO CAMPOS, que añade además otros argumentos en defensa de la incautación de la garantía como efecto necesario de la resolución del contrato («La incautación

la interpretación correcta, la Ley de 2007 no habría introducido ninguna modificación en el régimen instaurado con la Ley de 1995 y que pasaría al Texto Refundido de 2000. Ahora bien, a día de hoy, no puede decirse que exista una interpretación del artículo 225.3 unánimemente aceptada por la doctrina⁵⁷ ni, lo que es más importante, por las distintas instancias encargadas de su interpretación y aplicación.

de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista», *op. cit.*, págs. 1810-24).

⁵⁷ Así, J. M. FERNÁNDEZ ASTUDILLO (*Contratación Pública*, T. II, Bosch, Barcelona, 2008, págs. 882-883), M. GARCÍA DE LA CALZADA [«Comentarios a los artículos 206-208», en E. JIMÉNEZ APARICIO (coord.), *Comentarios a la Ley de Contratación Pública*, T. II, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 983-984], T. BAÑO y R. MORALES («La incautación de la garantía definitiva en la resolución del contrato administrativo por culpa del contratista. Cuestiones derivadas de la nueva Ley de Contratos del Sector público», *Revista Española de la Función consultiva*, núm. 12/2009, págs. 116-119), O. MIR PUIGPELAT («Contratación administrativa en tiempos de crisis», *op. cit.*, pág. 112), R. DE VICENTE («Los incumplimientos recíprocos en el contrato administrativo como causa de su resolución y de la indemnización de daños y perjuicios», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 18/2008, págs. 35-36), J. CUERDA MAS («La renuncia contractual e incautación de la garantía definitiva», *Revista CEMCI*, núms. 12-13, junio-diciembre 2011, pág. 1811) o R. M.³ COLLADO MARTÍNEZ («La bruja por la chimenea y la incautación de la fianza en caso de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista», en *La contratación pública: Problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, www.madrid.org/ccmadrid, págs. 227-247) se muestran favorables a la devolución de la garantía en la medida en que no existan daños que indemnizar a la Administración.

De esta opinión discrepa, sin embargo, E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA con sólidas razones expuestas, primero, en «La resolución de los contratos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector público» (*op. cit.*, págs. 158-163) y, más tarde, en «Las garantías de la contratación y las responsabilidades a las que están afectas: función e incautación» (*La contratación pública: Problemas actuales*, *op. cit.*, págs. 214-220), que le llevan a concluir que «la redacción del artículo 225 podrá ser ciertamente mejorable, pero su objetivo no ha sido el de cambiar nada a este respecto». Su criterio es compartido por F. CASTILLO BLANCO, que, aun «admitiendo lo controvertido de la cuestión», mantiene que «las garantías definitivas conservan su tradicional naturaleza de pena convencional» [«Las garantías en la contratación administrativa y las responsabilidades a que están afectas: un estado de la cuestión», en J. E. SORIANO GARCÍA (dir.), *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, *op. cit.*, 2014, págs. 1825-1865], así como por T. CANO CAMPOS, para quien «la nueva redacción de ese apartado obedece simplemente a un cambio de sistemática y a una supuesta depuración técnica en la redacción del precepto», siendo además varios los preceptos de la norma que avalan el mantenimiento del régimen jurídico precedente («La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista», *op. cit.*, págs. 1814-1824). Otros autores se suman también a esta interpretación del TRLCSP que aboga por la incautación, en todo caso, de la garantía. Son los casos de H. LOSADA, «Comentario al artículo 208», en L. PAREJO ALFONSO y A. PALOMAR OLMEDA (dirs.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, T. III, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 1964; F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (coord.), *Manual de Contratación del sector público*, Comares, Granada, 2011, pág. 456; J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector público*, 3.^a ed., La Ley, Madrid, 2011, págs. 687, 706-707; o I. DEL GUAYO CASTIELLA, «Algunas respuestas a la crisis desde la legislación de contratos del sector público», en A. BLASCO ESTEVE (coord.), *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2012, pág. 214.

2. *El artículo 225.3 del TRLCSP en la jurisprudencia y en la doctrina de los órganos consultivos*

A) *La falta de una interpretación jurisprudencial del precepto*

Son muy escasos los pronunciamientos judiciales que versan sobre resoluciones de contratos sometidos al régimen de la LCSP de 2007 o del Texto Refundido de 2011, sin que, además, de ellos pueda extraerse una posición clara sobre la interpretación que deba darse al artículo 208.3 de la Ley o al 225.3 del TRLCSP. En efecto, existen sentencias, como las del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 22 de abril de 2013⁵⁸, de Madrid de 31 de mayo de 2013⁵⁹ o de Extremadura de 17 de diciembre de 2013⁶⁰, en las que únicamente se cuestiona si los incumplimientos del contratista que fundan la ruptura del contrato están debidamente acreditados, afectan o no a obligaciones esenciales o cuentan con la suficiente relevancia como para justificar una medida de tal envergadura, por lo que los tribunales no se ven obligados a pronunciarse sobre los efectos de una resolución que sencillamente los recurrentes no discuten. En otras ocasiones, los tribunales avalan algunos de esos efectos aunque sin adentrarse en consideraciones sobre las posibles modificaciones operadas por la Ley de 2007 en el régimen hasta entonces vigente. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 31 de mayo de 2012⁶¹ confirma la resolución de un contrato de obras por causa imputable a la entidad empresarial, «procediéndose por ende por dicha Administración a la incautación de aquella fianza», en tanto que la del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana de 20 de enero de 2012⁶² declara, de nuevo para un contrato de obras, que «acreditado el incumplimiento, la incautación de la fianza se ampara en lo establecido en la cláusula séptima del pliego de cláusulas administrativas particulares». La Sentencia, de otra parte, del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 28 de febrero de 2014⁶³ confirma la resolución de un contrato de servicios, ante lo que considera que «en cuanto a la devolución del aval, no procede dado el incumplimiento imputable al contratista de conformidad con lo establecido en el artículo 88 de la LCSP». En conclusión, no contamos aún con una interpretación de

⁵⁸ JUR 2013/204489.

⁵⁹ JUR 2013/210493.

⁶⁰ JUR 2014/13854.

⁶¹ JUR 2012/233812.

⁶² RJCA 2012/258.

⁶³ RJCA 2014/435.

los tribunales sobre el artículo 225.3 del TRLCSP que aclare si la norma reconoce o no el derecho del contratista a la devolución de la garantía en la medida en que no existan daños que tenga que indemnizar a la Administración.

B) *El artículo 225.3 del TRLCSP en la doctrina de los órganos consultivos*

El carácter preceptivo que las normas de contratación otorgan al dictamen del Consejo de Estado, u órgano consultivo autonómico, en los procedimientos de resolución de contratos en los que se formula oposición por el contratista⁶⁴ explica que hayan sido estos órganos los primeros en enfrentarse a los problemas interpretativos suscitados por este precepto, sin que en su doctrina, puede anticiparse ya la conclusión, se aprecie una posición uniforme sobre la naturaleza de la garantía y el alcance de su posible incautación.

a) *La posición del Consejo de Estado: el derecho del contratista a reintegro de la garantía en la medida en que no existan daños que indemnizar*

El alto órgano consultivo del Estado se ha decantado por una interpretación del artículo 225.3 del TRLCSP favorable al reconocimiento al contratista del derecho a la devolución de la garantía en aquella parte de su importe que no sea necesaria para la indemnización de los daños que haya podido causar a la Administración. Lo hará, tras un momento inicial de duda⁶⁵, en su Dictamen 318/2012, de 19 de abril, en el que, con precedentes claros en algunos pronunciamientos anteriores⁶⁶, sostiene que el artículo 208.3 de la LCSP, a diferencia del 113.4 del Texto Refundido de 2000, «no prevé la incautación de la garantía como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista». Circunscribe, por el contrario, las

⁶⁴ Previsión que en la actualidad recoge el artículo 211.3.a) del TRLCSP.

⁶⁵ Así, en el Dictamen 1979/2009, de 22 de diciembre, mantuvo, en aplicación del artículo 208.4 de la LCSP, la incautación de la garantía en un supuesto en el que «cabe deducir razonablemente que no existen daños más allá de los que puedan ser indemnizados mediante la cantidad correspondiente a la garantía definitiva». Esta interpretación vuelve a aparecer, en un momento en el que ya se ha consolidado la tesis contraria, en el Dictamen 926/2013, de 26 de septiembre, que parece anudar la incautación de la garantía al solo hecho de la resolución del contrato por culpa del contratista, que deberá además abonar el importe de los daños causados si «su montante superase el importe de la garantía prestada».

⁶⁶ Dictámenes 408/2010, de 25 de marzo; 2157/2011, de 2 de febrero, y 1530/2011, de 29 de septiembre.

consecuencias de la resolución «a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados», lo que «supone que, de ser superior el importe de la fianza al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma remanente tras hacerse efectiva la correspondiente indemnización», a menos que el pliego del contrato haya dispuesto su incautación como efecto inherente a la resolución⁶⁷. Se trata de un dictamen fundamental no sólo porque define la posición del órgano consultivo del Estado, mantenida en dictámenes posteriores aunque nunca ciertamente en términos expresos tan rotundos⁶⁸, sino también porque, como vamos a ver, inspira la doctrina de algunos Consejos Consultivos autonómicos.

b) *La diferente interpretación del precepto por los Consejos Consultivos autonómicos*

— Los Consejos que comparten la interpretación del Consejo de Estado.

Son varios los Consejos Consultivos autonómicos que, con cita expresa en la mayoría de los casos del Dictamen del Consejo de Estado 318/2012, de 19 de abril, mantienen una interpretación del artículo 225.3 del TRLCSP, antes de la LCSP, que vincula, en todo caso, la garantía a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, de tal forma que cuando éstos no existen o el montante de los causados es inferior a su cuantía el contratista tendrá derecho a su devolución, ya sea en la totalidad o en la parte sobrante tras la oportuna compensación de los daños.

Es el caso del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, que ya en su Memoria del año 2009 advertía sobre «la novedad introducida en el régimen jurídico de esta materia», toda vez que en la LCSP la resolución contractual ya no lleva «anudada en todo caso, de modo auto-

⁶⁷ En tal sentido, Dictámenes 418/2012 y 519/2012, ambos de 7 de junio.

⁶⁸ Dictámenes 646/2012, de 5 de julio; 1101/2013, de 14 de septiembre; 1131/2013, de 31 de octubre, o 1152/2012, de 31 de octubre.

Debe añadirse que existen numerosos casos, como los representados por los Dictámenes 408/2013, de 6 de junio, y 843/2013, de 26 de septiembre, en los que el Consejo de Estado no necesita adentrarse en el posible derecho del contratista a la devolución de la garantía, toda vez que constata que el importe de los daños supera claramente su cuantía. En otras ocasiones, es la necesidad de tramitar un ulterior procedimiento al objeto de cuantificar los daños la que le permite simplemente declarar, como en el Dictamen 1121/2012, de 8 de noviembre, que el órgano competente deberá retener la garantía hasta que se determinen los daños, «toda vez que el importe de los referidos daños habrá de hacerse efectivo en primer término con cargo a ella». En este mismo sentido pueden verse los Dictámenes 926/2013, de 26 de septiembre; 157/2014, de 24 de abril, y 158/2014, de 10 de abril.

mático, la incautación de la garantía definitiva constituida». Numerosos dictámenes, tanto de fecha anterior⁶⁹ como posterior a ella, destacan las diferencias que separan al régimen de la Ley de 1995 del que en la actualidad recoge el Texto Refundido de 2011, pues en éste «la pérdida de la garantía se vincula al estricto resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración», por lo que ya no puede decirse que funcione, como ocurría bajo la vigencia del artículo 113.4 de la norma de 2000, «a modo de cláusula penal o como indemnización de carácter mínimo, ligada al resarcimiento de perjuicios genéricos o indeterminados»⁷⁰. La incautación de la garantía sólo procederá, pues, en la medida en que sea necesaria para indemnizar los daños causados a la Administración⁷¹, que, a juicio de este Consejo, tendrán que quedar determinados en el propio acto de resolución del contrato, toda vez que el nuevo régimen legal «impide demorar a un momento posterior» esa delimitación, dado que para incautar la garantía «resulta indispensable identificar y cuantificar los daños y perjuicios a que deba hacerse frente...»⁷².

La doctrina del órgano asturiano es compartida, tras haber variado su posición inicial al respecto⁷³, por el Consejo Consultivo de Madrid, que en su Dictamen 86/2014, de 26 de febrero, manifiesta, en el mismo sentido que otros anteriores, que el artículo 225.3 del TRLCSP sólo impone, como consecuencia de la resolución contractual, la obligación del contratista de indemnizar los daños y perjuicios causados, por lo que si el importe de estos daños es menor al de la cuantía de la garantía, ésta deberá devolverse en la medida en que en cada caso proceda. El órgano consultivo madrileño recuerda, además, que el artículo 225.4 del TRLCSP exige un pronunciamiento expreso «acerca

⁶⁹ Por ejemplo, Dictamen 171/2010, de 22 de julio.

⁷⁰ En expresiones tomadas de los Dictámenes 29/2012, de 2 de febrero, y 143/2012, de 10 de mayo.

⁷¹ Una regla que para este órgano consultivo tiene además carácter imperativo, por lo que no puede ser excluida por el Pliego de cláusulas del contrato. Así lo mantiene en su Dictamen 143/2012, de 10 de mayo, en una interpretación que, desde luego, no es compartida por otros Consejos autonómicos.

⁷² Expresivos de esta doctrina son, entre otros, los Dictámenes 260/2011, de 28 de julio; 274/2011, de 15 de septiembre; 385/2011, de 22 de diciembre; 120/2012, de 19 de abril; 136/2012, de 3 de mayo; 198/2012, de 28 de junio, y 297/2012, de 25 de octubre.

⁷³ El propio órgano consultivo reconoce en su compilación de «Criterios doctrinales», actualizados a 31 de marzo de 2014, cómo de una «interpretación sistemática de los artículos 208 y 90 de la LCSP» había deducido que «la incautación de la garantía participa del carácter de pena convencional en los casos de resolución por causa imputable al contratista y permite así resarcirse a la Administración del perjuicio que en todo caso supone para el interés público la falta de ejecución del contrato». Es la doctrina que, en efecto, mantuvo en los Dictámenes 175/2012, de 21 de marzo, y 481/2012, de 26 de julio, y que, como el Consejo afirma, cambia en los Dictámenes 656, 657, 658, 659 y 660/2012, todos ellos de 12 de diciembre.

de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida». Una previsión que, en su opinión, «conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada»; de ahí que, a diferencia del Consejo asuriano, considere que lo procedente, con carácter general, sea que el acuerdo de resolución disponga, como medida cautelar conforme al artículo 72.1 de la LRJPAC, la retención de la garantía «a resultas de la liquidación de los perjuicios en procedimiento contradictorio»⁷⁴.

Otros Consejos Consultivos se suman a esta interpretación del artículo 225.3 del TRLCSP. Así, el de las Islas Baleares, que en su Dictamen 31/2011, de 18 de febrero, con cita del anterior 172/2010, de 1 de octubre, destaca que «la incautación de la garantía ya no es automática a modo de penalidad derivada del incumplimiento culpable», aunque pueda retenerse como medida cautelar hasta que se cuantifiquen los daños. O el de Castilla y León, que entiende igualmente que el artículo 208 de la LCSP «no prevé la incautación automática de la garantía en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista»⁷⁵; de ahí que niegue, como por ejemplo en su Dictamen 228/2013, de 24 de abril, que esa incautación «tenga naturaleza de penalidad por el mero incumplimiento del contrato». La garantía está adscrita a la indemnización de los daños causados, procediendo, por consiguiente, su devolución en la cuantía que no sea necesaria a tal fin, si bien la Administración puede retenerla, cumpliendo así con el pronunciamiento que sobre su destino le exige el artículo 225.4, hasta que «se determinen las responsabilidades a que ésta se encuentra afecta», lo que este Consejo admite que pueda ha-

⁷⁴ Son muchos los Dictámenes anteriores al citado que mantienen esta misma doctrina. Así, 656/2012, de 12 de diciembre; 657/2012, de 12 de diciembre; 658/2012, de 12 de diciembre; 659/2012, de 12 de diciembre; 660/2012, de 12 de diciembre; 675/2012, de 19 de diciembre; 11/2013, de 16 de enero; 14/2013, de 16 de enero; 142/2013, de 17 de abril; 403/2013, de 25 de septiembre; 410/2013, de 25 de septiembre; 549/2013, de 13 de noviembre; 65/2014, de 12 de febrero, y 290/2014, de 25 de junio.

La mayoría de estos Dictámenes cuentan con un importante voto particular que formula el consejero I. Bardisa Jordá, que entiende que los términos literales del artículo 225.3 del TRLCSP y su interpretación de conformidad con lo establecido en el 102 llevan a la conclusión de que la norma impone la incautación, en todo caso, de la garantía prestada. Además, sería incoherente, en su opinión, incautar la garantía al contratista declarado en situación de concurso culpable y no hacerlo respecto del que culpablemente incumple sus obligaciones con la Administración.

⁷⁵ Dictámenes 1050/2011, de 15 de septiembre; 77/2012, de 23 de febrero; 216/2012, de 19 de abril; 228/2013, de 24 de abril; 412/2013, de 18 de julio; 600/2013, de 29 de agosto, y 666/2013, de 25 de septiembre.

Otros dictámenes no son, sin embargo, tan explícitos y se limitan, en atención sin duda a las circunstancias del caso, a declarar el derecho de la Administración a incautarse la garantía, sin perjuicio del deber del contratista de indemnizar los daños que excedan de su importe. Es el caso de los Dictámenes 226/2013, de 24 de abril; 598/2013, de 29 de agosto, o 727/2013, de 21 de noviembre.

cerse tanto en el propio acuerdo de resolución⁷⁶ como en el curso de un procedimiento tramitado con posterioridad⁷⁷. También, finalmente, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha ha considerado necesario «incidir en la discutida por la doctrina modificación» que «parece haber introducido la regulación recogida en el citado artículo 208 de la LCSP en relación con la legislación anterior»⁷⁸. Un debate doctrinal, afirma su Dictamen 113/2013, de 11 de abril, «todavía no resuelto, en forma definitiva, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina de los órganos consultivos». En espera de esa necesaria clarificación, este Consejo se alinea con la tesis favorable a la desaparición del «carácter de cláusula penal de la incautación de la garantía prestada» y defiende, por consiguiente, que ésta no procede «de modo automático y directo en su totalidad una vez dictada la eventual resolución, sino que, en su caso, quedaría vinculada en su cuantía a la determinación de los eventuales daños y perjuicios que por la situación de incumplimiento se hubieran irrogado a la Administración», por lo que podrá retenerse, como medida provisional, en tanto se procede, en un procedimiento específico, a la valoración de tales daños⁷⁹. No obstante, algún dictamen aislado, como es el caso del 75/2011, de 30 de marzo, mantiene la incautación de la garantía como consecuencia que opera directamente ante el incumplimiento culpable del contratista. Un efecto que, en muchas ocasiones, este Consejo justifica directamente, sin necesidad de adentrarse en el debate sobre la interpretación del artículo 225.3 del TRLCSP, en la cláusula del pliego de condiciones particulares del contrato que así lo dispone, con apoyo en los artículos 100.c) y 102 de la propia norma⁸⁰.

— El mantenimiento de la regla del Texto Refundido de 2000 en la doctrina de otros Consejos.

Otros órganos consultivos autonómicos mantienen, por el contrario, la incautación de la garantía como efecto propio de toda resolución de un contrato fundada en el incumplimiento culpable del contratista.

⁷⁶ En tal sentido, Dictamen 77/2013, de 18 de abril.

⁷⁷ Como avala, entre otros, el Dictamen 570/2013, de 1 de agosto.

⁷⁸ En expresión del Dictamen 195/2012, de 5 de septiembre, con cita de otros anteriores en igual sentido. En los mismos términos se expresa el posterior Dictamen 422/2013, de 2 de diciembre.

⁷⁹ Dictámenes 176/2011, de 20 de julio; 180/2011, de 7 de septiembre; 262/2011, de 16 de noviembre; 274/2011, de 23 de noviembre; 54/2012, de 28 de marzo; 195/2012, de 5 de septiembre, y 300/2012, de 12 de diciembre.

⁸⁰ Es más, lo usual, según afirma este Consejo en su Dictamen 10/2014, de 15 de enero, es que tras la entrada en vigor de la LCSP de 2007 los pliegos prevean expresamente dicha incautación. Son expresivos de esta doctrina los Dictámenes 272/2011, de 23 de noviembre; 286/2011, de 30 de noviembre; 93/2012, de 16 de mayo; 135/2012, de 27 de junio; 113/2013, de 11 de abril; 137/2013, de 2 de mayo; 200/2013, de 19 de junio, y 244/2013, de 10 de julio.

Es el caso del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, que aun cuando reconoce «la dificultad de encajar en la literalidad de la LCSP el régimen jurídico de la incautación que antes estaba vigente»⁸¹ se decanta, como quedó ya expresado en su Memoria de 2009 y confirman posteriores dictámenes⁸², por la tesis favorable a la incautación de la garantía como efecto consustancial a la extinción del contrato, a la que, en su caso, habrá que sumar la indemnización de los daños y perjuicios que excedan de su importe. Esta interpretación se apoya en la aplicación, *a contrario sensu*, del artículo 90.1 de la LCSP, 102.1 del Texto Refundido posterior, que sólo prevé la devolución de la garantía en los supuestos de resolución sin culpa del contratista. Los Dictámenes 89/2012, de 11 de abril, o 261/2012, de 5 de noviembre, encuentran un fundamento añadido a esta tesis en la modificación del artículo 208.5 de la LCSP por el Real Decreto Legislativo 6/2010, de 9 de abril, que, aunque referido a la resolución del contrato por la declaración de concurso del contratista, ofrece «un criterio útil para la exégesis del papel o función de la garantía en el sistema de la contratación administrativa», al no vincular «la fianza con una exclusiva finalidad resarcitoria de daños y perjuicios, sino que dispone la pérdida de la garantía cuando el concurso hubiera sido declarado culpable».

El Consejo Consultivo de Andalucía puede igualmente ubicarse en este grupo⁸³. Aunque son muchos los dictámenes que se limitan simplemente a dejar constancia, ya sea en aplicación del artículo 208.3 de la LCSP o del 225.3 del TRLCSP, del deber del contratista de indemnizar a la Administración los daños y perjuicios que haya podido infligirle en lo que excedan del importe de la garantía⁸⁴, su incautación como con-

⁸¹ Dictamen 261/2012, de 5 de noviembre.

⁸² Dictámenes 208/2011, de 17 de octubre; 89/2012, de 11 de abril; 128/2013, de 20 de mayo; 129/2013, de 20 de mayo, y 162/2013, de 12 de junio, y la Memoria de este último año.

⁸³ Opinión compartida por C. YÁÑEZ DÍAZ, «La garantía definitiva en la Legislación de contratos públicos: Su problemática incautación en la doctrina de los consejos consultivos», *op. cit.*, págs. 272-273.

⁸⁴ Así, Dictámenes 75/2013, de 30 de enero; 118/2013, de 13 de febrero; 119/2013, de 13 de febrero; 158/2013, de 6 de marzo; 159/2013, de 6 de marzo; 180/2013, de 13 de marzo; 182/2013, de 13 de marzo; 210/2013, de 20 de marzo; 269/2013, de 10 de abril; 310/2013, de 8 de mayo; 290/2013, de 24 de abril; 409/2013, de 5 de junio; 425/2013, de 12 de junio; 505/2013, de 9 de julio; 35/2014, de 22 de enero; 84/2014, de 10 de febrero; 86/2014, de 10 de febrero; 130/2014, de 26 de febrero; 151/2014, de 5 de marzo; 223/2014, de 2 de abril; 252/2014, de 9 de abril; 294/2014, de 29 de abril; 295/2014, de 29 de abril; 296/2014, de 29 de abril; 319/2014, de 6 de mayo; 391/2014, de 4 de junio; 429/2014, de 11 de junio; 430/2014, de 11 de junio; 476/2014, de 2 de julio; 478/2014, de 2 de julio; 619/2014, de 24 de septiembre, y 623/2014, de 24 de septiembre.

Estos Dictámenes abogan, por lo general, por una valoración de los daños en un procedimiento posterior, aunque no faltan supuestos, como el representado por el Dictamen 619/2014, de 24 de septiembre, en los que la propuesta de resolución, informada favorablemente, delimita ya «la cuantificación de los daños y perjuicios causados a la Administración».

secuencia propia derivada de la ruptura del contrato la confirman, aun cuando exista algún pronunciamiento aislado en sentido contrario⁸⁵, aquellos dictámenes en los que el órgano consultivo se adentra en el «significado de la fianza en relación con la posible pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios de la Administración». La fianza, se afirma en estos casos, «está llamada a compensar el retraso en la ejecución de la obra o la prestación del servicio, que ha de implicar además la puesta en marcha de un nuevo procedimiento de contratación», unos perjuicios de difícil cuantificación que «precisamente por ello son evaluados *a priori* con la fianza definitiva» y a los que, en su caso, habrá que sumar otros daños materiales que puedan existir. Ésta, añade el órgano consultivo andaluz, «es la solución adoptada por el artículo 208.4 de la LCSP; y éste es el sentido en el que ha de interpretarse la frase “en lo que excedan del importe de la garantía incautada”», ante lo que concluye que la cuestión relativa a los efectos del contrato «viene resuelta por la LCSP en un sentido sustancialmente idéntico a la doctrina de este Consejo sentada en el dictamen 613/2007». Una doctrina alumbrada en un contrato regido por el Texto Refundido de 2000 y que si no debe variar es porque, en definitiva y a juicio de este Consejo, la regla legal no ha cambiado. Esta interpretación del régimen vigente, expresada en numerosos dictámenes⁸⁶, así como en las memorias de este órgano consultivo de los últimos años⁸⁷, permite concluir que la resolución del contrato supone siempre la pérdida de la garantía, a la que habrá que añadir, en su caso, la indemnización de los daños que excedan de su importe.

De este mismo criterio parece participar, aunque no lo manifieste en los claros términos en los que lo hacen otros Consejos, el máximo órgano consultivo de Canarias, que en su Dictamen 447/2012, de 8 de octubre, destaca «que no puede confundirse sin más la eventual ausencia de daños y perjuicios, a los efectos correspondientes tras la resolución y la fase de liquidación del contrato, con la incautación de la fianza al existir culpa del contratista, que procede por esta sola razón

⁸⁵ Es el caso del Dictamen 894/2012, de 31 de octubre, que sostiene que dado que «no se aprecia la producción de un daño real a la Administración» resulta improcedente «la incautación de la fianza».

⁸⁶ Dictámenes 471/2013, de 3 de julio; 534/2013, de 24 de julio; 622/2014, de 24 de septiembre, y 624/2014, de 24 de septiembre.

⁸⁷ La Memoria de 2007 es la primera que, en su apartado «Observaciones y sugerencias», se «hace eco» de la reflexión de este Consejo sobre «la naturaleza de la fianza definitiva y su relación con la indemnización de daños y perjuicios». Unas consideraciones, en los términos que hemos expuesto, que mantendrán las sucesivas de los años 2008, que aclara que aunque ha entrado en vigor la LCSP de 2007 todos los contratos de los que ha conocido estaban regidos por el Texto Refundido de 2000, y de 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013, en las que expresa ya que su doctrina no se ha visto alterada por la nueva LCSP.

(art. 208.3 LCSP)»⁸⁸. E igualmente el Consejo Consultivo de La Rioja y la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, aunque la escasez, de nuevo, de pronunciamientos al respecto exige extremar las cautelas a la hora de incardinar a estos órganos consultivos en uno u otro grupo⁸⁹.

— La indeterminación de la cuestión en la doctrina de otros órganos consultivos.

Existen, finalmente, varios Consejos Consultivos que no han tenido oportunidad de ahondar en los efectos de la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista, limitándose a reproducir lo previsto en los artículos 208.3 de la LCSP o 225.3 del TRLCSP, sin consideración alguna sobre sus posibles diferencias con el régimen precedente y, en concreto, sobre el eventual derecho del contratista a la devolución de la garantía si no existen daños de los que deba responder. Es el caso del Consejo Consultivo de Aragón, como puede comprobarse en sus Dictámenes 20/2011, de 22 de febrero; 110/2011, de 8 de noviembre; 96/2013, de 27 de mayo; 101/2013, de 27 de mayo, y 88/2014, de 17 de junio. No obstante, y en su respaldo a propuestas de resolución que proponen la retención de la garantía hasta que se cuantifiquen los daños ocasionados⁹⁰, pudiera quizás apreciarse una decantación por la tesis favorable al reintegro, en su caso, de aquella parte de su cuantía que no sea necesaria para la compensación de tales daños. Una interpretación que, sin embargo, otros dictámenes parecen negar⁹¹. Tampoco ha profundizado en los posibles cambios introducidos en esta materia por la Ley de 2007 el Consejo Consultivo de Valencia. Dejando al margen los dictámenes que, aun cuando informan favorablemente propuestas de resolución imputables al contratista, no se pronuncian sobre sus efectos⁹²,

⁸⁸ En el mismo sentido, Dictámenes 336/2013, de 8 de octubre, y 410/2013, de 19 de noviembre.

⁸⁹ El Dictamen 26/2014, de 26 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, el único encontrado, considera, acreditada la causa de resolución alegada, que el Ayuntamiento «tiene derecho a incautar la garantía prestada así como exigir un importe mayor en caso de acreditar daños y perjuicios por importe superior al de la garantía que se incaute».

El Dictamen, de otra parte, 149/2011, de 30 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña estima que, al ser culpable el incumplimiento del contratista, viene obligado a indemnizar a la Administración los daños y perjuicios causados, a lo que añade que «respecto de la incautación de la garantía pedida por el Acuerdo de resolución, la Comisión considera que procede dado el carácter culpable del incumplimiento (artículo 208.4 de la LCSP)».

⁹⁰ Como, por ejemplo, en el Dictamen 96/2013, de 27 de mayo.

⁹¹ Dictámenes 18/2012, de 6 de marzo; 150/2012, de 16 de octubre, y 163/2012, de 16 de octubre. Con base en este último, C. YÁÑEZ DÍAZ incluye al de Aragón en el grupo de los Consejos que apuestan por la incautación automática de la garantía («La garantía definitiva en la Legislación de contratos públicos: Su problemática incautación en la doctrina de los consejos consultivos», *op. cit.*, pág. 273).

⁹² Dictámenes 420/2012, de 10 de mayo; 612/2012, de 12 de julio; 743/2012, de 20 de septiembre; 776/2012, de 27 de septiembre; 91/2013, de 21 de febrero, o 116/2013, de 7 de marzo.

lo usual es que este Consejo se limite a reproducir los artículos 208 de la LCSP o 225 del TRLCSP⁹³ o, incluso, a manifestar simplemente que procede la resolución con los efectos previstos en estos preceptos⁹⁴. En algunos casos establece que la valoración de los daños «debe ser determinada mediante procedimiento contradictorio, complementario del presente»⁹⁵, o destaca que el pliego del contrato prevé la incautación de la garantía⁹⁶. No obstante, la tesis favorable al derecho del contratista a la devolución de la garantía quizás subyazca en aquellos pronunciamientos que afirman que su incautación «deberá realizarse ponderando la obra pendiente de realizar por la entidad contratista»⁹⁷ o que declaran procedente su retención «hasta que se proceda a la liquidación de cuentas»⁹⁸ «a resultas de la determinación de los daños y perjuicios que puedan existir»⁹⁹; en pronunciamientos, en definitiva, que parecen adscribirla a la indemnización de los daños efectivamente producidos. Ahora bien, se trata de dictámenes que, aparte de excepcionales, no son suficientemente claros en una materia de tanta trascendencia, y además tampoco falta, de ser ésta la tesis que efectivamente mantiene este Consejo, algún pronunciamiento que vendría a contradecirla¹⁰⁰.

Los escasos dictámenes del Consejo Consultivo de Galicia que aplican el artículo 225.3 del TRLCSP hacen difícil inducir con cierta seguridad la posición de este órgano consultivo sobre el alcance de los efectos que establece. Es verdad que esos dictámenes se pronuncian en términos favorables a la incautación de la garantía, resultado que, por lo general, no vinculan, al menos de modo expreso, a la indemnización de unos daños y perjuicios que, cuando tales dictámenes se emiten, puede ser incluso que no se hayan valorado¹⁰¹. Ahora bien, ésta pa-

⁹³ Dictámenes 19/2011, de 13 de enero; 1031/2011, de 15 de septiembre; 223/2012, de 1 de marzo; 505/2012, de 31 de mayo; 866/2012, de 8 de noviembre; 224/2013, de 24 de abril; 293/2013, de 30 de mayo, y 211/2014, de 16 de abril.

⁹⁴ Dictámenes 125/2014, de 13 de marzo; 131/2014, de 13 de marzo; 132/2014, de 13 de marzo; 134/2014, de 13 de marzo; 263/2014, de 15 de mayo; 264/2014, de 15 de mayo; 271/2014, de 15 de mayo, o 330/2014, de 18 de junio.

⁹⁵ Por ejemplo, en los Dictámenes 686/2012, de 26 de julio, y 846/2012, de 31 de octubre.

⁹⁶ Así, en los Dictámenes 196/2013, de 18 de abril, y 282/2014, de 21 de mayo.

⁹⁷ Dictámenes 20/2012, de 12 de enero, y 317/2012, de 4 de abril.

⁹⁸ Dictamen 463/2013, de 5 de septiembre.

⁹⁹ Dictamen 267/2013, de 16 de mayo.

¹⁰⁰ Como sería el caso del Dictamen 634/2013, de 13 de noviembre, que respalda la incautación de la garantía aunque, según parece, no existen daños que indemnizar.

¹⁰¹ Como puede comprobarse en los Dictámenes 50/2013, de 20 de febrero; 549/2013, de 24 de julio, y 551/2013, de 24 de julio. No falta incluso algún Dictamen, como es el caso del 65/2014, de 5 de febrero, que aun cuando informa favorablemente la propuesta de resolución no se manifiesta sobre sus efectos.

Quizás en algún Dictamen más antiguo, en el 575/2012, de 17 de octubre, este Consejo sí vinculó la incautación de la garantía a la indemnización por daños y perjuicios, al informar favorablemente su pérdida, de conformidad con el artículo 208.3 de la LCSP, «con el fin de responder ante la administración municipal de las posibles responsabilidades que para ella

rece una base muy insuficiente para poder sustentar que este Consejo abogue por la pérdida, en todo caso, de la garantía. Conclusiones similares se obtienen del análisis de la doctrina del Consejo Consultivo de Extremadura, que igualmente se limita a declarar el derecho de la Administración a incautarse de la garantía, así como el de ser indemnizada por los daños que se le hayan causado, aunque sin adentrarse en la forma en la que un efecto y otro se relacionan¹⁰², salvo casos excepcionales en los que afirma que la incautación procede «para responder de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento»¹⁰³ o en los que, por el contrario, considera conforme a Derecho «la incautación de la garantía, decisión que cuenta con el amparo del artículo 208.4 de la LCSP» y «en su caso, indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento»¹⁰⁴, en los que ampara la incautación de la garantía aunque «nada se establece en la propuesta de resolución acerca de la indemnización de daños y perjuicios causados a la Administración, por lo que debemos entender que no se han producido»¹⁰⁵.

C) *Conclusión. Una grave quiebra de las garantías básicas establecidas en la norma*

El estudio efectuado evidencia de modo claro la ausencia de una interpretación uniforme sobre cuáles son, en aplicación del artículo 225.3 del TRLCSP, las consecuencias de la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista de sus obligaciones esenciales. Desde luego, ello es algo que sólo puede imputarse a la propia norma legal, que si en este precepto no ha previsto expresamente la incautación de la garantía como efecto que ha de acompañar a toda ruptura contractual por esta causa, en el artículo 102.1, sin embargo, supedita su devolución a que la resolución del contrato se haya producido sin culpa del contratista, excluyéndola así en las hipótesis en las que la culpa está en la base misma de la ruptura del vínculo contractual. En definitiva, si el legislador de 2007 quería efectivamente reconocer el dere-

puedan derivarse». Este Dictamen, sin embargo, sirve a C. YÁÑEZ DÍAZ para situar a este Consejo en el grupo de los que optan por la incautación de la garantía, en lo que constituye una muestra clara de la confusión existente en esta materia («La garantía definitiva en la Legislación de contratos públicos: Su problemática incautación en la doctrina de los consejos consultivos», *op. cit.*, pág. 275).

¹⁰² Dictámenes 350/2011, de 2 de junio; 452/2011, de 15 de septiembre; 197/2012, de 8 de marzo; 500/2012, de 26 de julio; 120/2013, de 21 de marzo; 122/2013, de 21 de marzo; 123/2013, de 21 de marzo; 305/2013, de 27 de junio, y 589/2013, de 21 de noviembre.

¹⁰³ Dictamen 145/2013, de 4 de abril.

¹⁰⁴ Dictamen 745/2012, de 13 de diciembre.

¹⁰⁵ Dictámenes 85/2011, de 17 de febrero, y 322/2011, de 19 de mayo.

cho del contratista al reintegro de la garantía en la parte no necesaria para la indemnización de los daños causados, y modificar, por tanto, la norma de sentido contrario tradicional en nuestro Derecho, tendría que haberlo establecido con claridad, como lo hace el artículo 125.3 de la Ley foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos¹⁰⁶. Un precepto, por cierto, que de no ser la solución que recoge la prevista en la norma estatal podría estar infringiendo el carácter básico de esta disposición.

Sólo el legislador puede, por consiguiente, ofrecer una solución en una materia que, con independencia de su interés teórico, cuenta con una indudable trascendencia práctica, ya se enfoque desde la posición del contratista como desde la propia garantía del interés público, presente siempre en el contrato. Entretanto se produce la oportuna modificación legal y en espera, igualmente, de un criterio jurisprudencial que pueda clarificar los términos del artículo 225.3 del TRLCSP, no cabe sino denunciar la dispar interpretación de la que este precepto es objeto por los distintos Consejos Consultivos. Es evidente que, en la labor de asesoramiento en Derecho que les es propia, estos órganos cuentan con la capacidad de interpretar el ordenamiento jurídico en los términos que consideren procedentes y sin sentirse, naturalmente, vinculados por la que puedan ofrecer otros órganos de igual naturaleza. Ahora bien, ha de aceptarse que por esta vía, y sin que el ordenamiento disponga de ningún remedio con el que corregir la situación, se termina por vulnerar el propio carácter básico de ese precepto. Al atribuirle tal condición, el legislador estatal ha querido que los efectos de la resolución de los contratos sean uniformes en todo el territorio del Estado, lo que hoy precisamente no ocurre a resultas de la diferente manera en la que es interpretado por los distintos órganos consultivos.

Sea cual sea la tesis que deba prevalecer, el artículo 225.3 produce cierta insatisfacción. De imponerse la tesis favorable a la incautación, sin excepciones, de la garantía, porque establece una regla, como ya lo era la dispuesta en el Texto Refundido de 2000, materialmente injusta

¹⁰⁶ Este precepto dispone: «Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, lo que se determinará en resolución motivada atendiendo a la existencia, entre otros factores, de un retraso en la inversión proyectada o en la prestación del servicio a terceros o al público en general y los mayores gastos que se imputen a los fondos públicos. Cuando se hayan constituido garantías para el cumplimiento de obligaciones, éstas serán incautadas en la cuantía necesaria para cubrir los daños y perjuicios que se hayan acreditado. Si éstas resultasen insuficientes la Administración podrá resarcirse a través de los mecanismos establecidos para los ingresos de Derecho público».

En su aplicación, el Consejo de Navarra no duda, como puede comprobarse en sus Dictámenes 38/2012, de 22 de octubre; 17/2013, de 27 de mayo, y 3/2014, de 10 de febrero, en mantener que las garantías sólo serán incautadas en la medida en que sean necesarias para cubrir los daños y perjuicios que se hayan causado.

en la medida en que trata peor al contratista que con su incumplimiento no causa daños a la Administración o los provoca en baja cuantía, y que ve cómo, a pesar de ello, pierde toda la garantía prestada, que al que por ocasionarlos por un importe superior al de su cifra no sufre penalidad alguna por el incumplimiento al servir toda ella a la indemnización de los daños¹⁰⁷. De aceptarse, por el contrario, la interpretación del artículo 225.3 favorable al derecho del contratista a la devolución de la garantía en la medida en que no sea necesaria para la indemnización de los daños causados, habrá que concluir que, en último término, la norma, en relación con este efecto, termina dispensando el mismo tratamiento al contratista que incumple de forma culpable y al que lo hace por causas ajenas a su voluntad¹⁰⁸, con la consecuencia además, como ha puesto de manifiesto T. CANO, de que la garantía perdería la función de aseguramiento de la ejecución del contrato que le es propia¹⁰⁹.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES

El significativo aumento que han experimentado en los últimos años las resoluciones de contratos administrativos, tanto por incumplimiento del contratista de sus obligaciones esenciales como con base en previas declaraciones de concurso, ha vuelto poner sobre la mesa, con especial intensidad si cabe, las tradicionales carencias y dudas interpretativas de nuestro ordenamiento jurídico en su regulación de los efectos de la extinción anticipada de los contratos por tales causas. Unas carencias y dudas que esa «constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», que da título a un reciente trabajo de J. A. SANTAMARÍA¹¹⁰, lejos de ir resolviendo, parece haber acrecentado. Urge, por consiguiente, una nueva regulación legal en esta materia.

Es preciso determinar de modo expreso y claro la respuesta que deba darse a los incumplimientos de contratistas inmersos en procesos

¹⁰⁷ Véase sobre el particular C. BARRERO, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, *op. cit.*, págs. 194-195. Una opinión que no comparte T. CANO CAMPOS, «La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista», *op. cit.*, págs. 1822-1823.

¹⁰⁸ Véanse sobre el particular las consideraciones de C. YÁÑEZ, «La garantía definitiva en la Legislación de contratos públicos: Su problemática incautación en la doctrina de los consejos consultivos», *op. cit.*, págs. 288-289, y en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 18/2012, pág. 155.

¹⁰⁹ «La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista», *op. cit.*, pág. 1824.

¹¹⁰ *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159/2013, págs. 25-36.

de insolvencia antes de que se declare judicialmente concurso, lo que en la actualidad pretende resolverse con la sola aplicación de ese principio, no formulado legalmente, que apuesta por la aplicación de la causa de resolución que antes aparezca en el tiempo. Quizás el Derecho deba reconocer la concurrencia de causas resolutorias en la medida en que ésta constituye una realidad que no siempre parece encontrar una respuesta satisfactoria en esa decantación por la causa que primero se perfecciona en el tiempo con completa ignorancia de las que le suceden. De igual manera, debe atenderse a los incumplimientos del contratista en el tiempo que media entre la declaración del concurso y su calificación, y deben regularse, de forma más completa, los efectos propios de una resolución del contrato por esta causa, ya sea fortuito o culpable. No es sencillamente cierto que en estas hipótesis, tal y como parece entender la Ley, que sólo se ocupa de este extremo, no se planteen más cuestiones que la del destino que haya de darse a la garantía prestada por el contratista. Ha de determinarse también en qué supuestos y en qué medida el contratista puede, en su caso, venir obligado a indemnizar a la Administración los daños que haya podido ocasionarle con la ruptura del contrato y si esta indemnización puede o no proyectarse sobre el importe de la garantía.

Y urge, finalmente, que se aclaren, de una vez por todas, las consecuencias propias de una resolución por incumplimiento culpable del contratista de sus obligaciones esenciales, prestando además la atención que merecen a los supuestos de incumplimientos concurrentes de las partes. Una cuestión fundamental, carente tradicionalmente de respuesta normativa, a pesar de su extraordinaria relevancia teórica y la frecuencia con la que en la práctica se presentan supuestos de esta naturaleza. En espera de las oportunas reformas normativas, cabe esperar una pronta interpretación por los tribunales del artículo 225.3 del TRLCS que acabe con la actual doctrina contradictoria que ofrecen los Consejos Consultivos. En la adecuada regulación y aplicación de esta normativa no sólo están en juego las garantías de los contratistas, lo está también la propia salvaguarda del interés público, que es, en definitiva, el principal perjudicado por unas previsiones que no definen con precisión los derechos y deberes de las partes contratantes ante las resoluciones de los contratos.

Confiemos, en fin, en que esa nueva reforma del Derecho de la contratación pública, ya en el horizonte a resultas de la necesaria incorporación a nuestro ordenamiento de las nuevas Directivas comunitarias aprobadas en febrero de 2014, aborde de manera completa y clara el tratamiento de los efectos de la resolución de los contratos administrativos.

