

Conflictos de jurisdicción

¿A quién corresponde la competencia para extinguir y liquidar un contrato público en el marco de un concurso?

El deslinde competencial entre la Administración y los Juzgados de lo Mercantil en relación con los contratos que una empresa en situación de concurso pueda tener vigentes con entidades del sector público es una materia harto debatida. Los contornos de la posición de una y otros y la dificultad de conocer el alcance preciso de cada una de las potestades que a cada parte atribuye el ordenamiento jurídico determina el surgimiento de conflictos que se dirimen ante el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción¹.

Una reciente sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción² evidencia los desencuentros que pueden plantearse entre Administración Pública y jueces de los concursos en lo concerniente al concreto régimen aplicable a los contratos públicos celebrados por empresas en situación de insolvencia³. Esta Sentencia, 5/2016 de 15 de diciembre de 2016, es fruto de la pretensión

¹ Aun cuando su denominación – la de la ley, la del tribunal y la de los conflictos – sea “de jurisdicción”, lo cierto es que toda controversia en esta materia lo es de carácter competencial.

² Con un contenido muy similar se ha dictado también la sentencia 3/2016 de 5 de diciembre de 2016 Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que resuelve el conflicto planteado igualmente por el Ministerio de Fomento en relación con el auto de apertura de la liquidación de otra sociedad concesionaria dictado por el mismo Juzgado de lo Mercantil

³ La conflictividad en esta materia deriva en gran medida del tenor con que ha sido redactado el artículo 67 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, que si bien establece en su apartado 1 que los efectos de la declaración

del Ministerio de Fomento⁴ de contener lo que considera una extralimitación en que incurre un Juzgado de lo Mercantil al determinar la resolución de un contrato administrativo a todos los efectos, (exonerando al concesionario de la obligación de continuar cumpliendo el contrato) y al proceder a lo que el Ministerio entiende como “*su liquidación*”.

En efecto, tras requerir un Juzgado de lo Mercantil de incompetencia por extralimitación competencial, advirtiendo que de conformidad con el artículo 211⁵ del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público⁶ corresponde al Ministerio de Fomento la potestad administrativa de declarar resueltos los contratos, declarar la obligación de seguir o no cumpliendo con su objeto y la potestad para liquidarlo una vez extinguido, aquél desestimó tal pretensión impugnatoria y suspensiva. Mediante auto de 3 de octubre de 2016, el Juzgado de lo Mercantil desestimó el requerimiento de inhibición disponiendo además la procedencia de elevar las actuaciones a la sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo⁷.

Formalizado el conflicto de jurisdicción, el Ministerio Fiscal emitió informe entendiendo que según el artículo 67.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal⁸, el conflicto debería resolverse a favor del Ministerio de Fomento.

Pues bien, la Sentencia 5/2016 concreta el objeto del conflicto de jurisdicción en tres cuestiones, que resuelve por separado: a quién corresponde la competencia para resolver el contrato administrativo de la empresa en concurso (A), quién ostenta la competencia para decidir sobre

de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial, plantea cual es el alcance concreto de esta previsión.

⁴ El Ministro de Fomento formuló requerimiento de inhibición al Juez de lo Mercantil recordando las competencias que a la Administración Pública corresponden en los contratos de concesión, entre otras, las de supervisar y garantizar el cumplimiento del contrato, el de resolverlo y el de liquidarlo.

⁵ Correspondiente al artículo 60 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente y aplicable al contrato de concesión sobre el que se produjo el conflicto.

⁶ El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) fue aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

⁷ El artículo 38 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece en su apartado 1 que los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración serán resueltos por un órgano colegiado constituido por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por cinco vocales, de los que dos serán Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y los otros tres serán Consejeros Permanentes de Estado, actuando como Secretario el de Gobierno del Tribunal Supremo.

⁸ El artículo 67.1 de la Ley Concursal establece que los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial.

el cumplimiento de las obligaciones del contratista una vez acordada la extinción del contrato (B) y a cuál de las dos partes en el conflicto le corresponde liquidar el contrato administrativo de concesión (C).

Identifica como derecho aplicable los artículos 67 y 147⁹ de la Ley 22/2003 y la disposición transitoria primera apartado 8 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de reforma de la Ley Concursal, que establece que el conflicto de jurisdicción debe regirse por la legislación de contratos del sector público y recuerda que corresponde a la Administración la prerrogativa de interpretar contratos, resolver dudas, etc¹⁰. Cita además los artículos 111.1.b) y 112 apartados 1 y 2 que contemplan como causa de resolución del contrato la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento, y los artículos 5.2.a), 249.1.d), 264.b) y 265 apartados 1 y 2 del TRLCSP en relación con el contrato de concesión de obras públicas.

A) La primera **potestad** que reclama la Administración es la relativa a **declarar resuelto el contrato a todos los efectos cuando concurra la causa legal** para ello y previa la tramitación del procedimiento legalmente establecido.

Considera la sentencia que la contradicción que pueda existir entre la ley concursal y el texto refundido de la ley de contratos del sector público puede salvarse mediante una interpretación que procure la concordancia de conexión entre ambos.

Considera así que **cuando la resolución de la concesión tenga carácter potestativo**, es factible que se continúe la actividad empresarial con los efectos jurídicos derivados de la vigencia de la concesión en tanto que se entiende que en este caso la potestad resolutoria discrecional corresponde a la Administración Pública, en cuyo ejercicio no puede interferir el juez del concurso y que puede ser objeto de control judicial en vía contencioso administrativa.

Sin embargo, **cuando la resolución es obligada**, no queda a voluntad de la Administración declararla, sino que **se impone por mandato de la ley** al órgano concedente la obligación de resolver dicho contrato sin posibilidad de optar.

“Es desde una concepción integradora de esos diferentes ámbitos competenciales como debe abordarse la lectura del Auto de 3 de mayo de 2016. Una correcta lectura de este Auto lleva a concluir que el Juzgador concursal no sustituye a la Administración en la declaración de

⁹ El artículo 147 de la Ley Concursal dispone que durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas del título III de esa Ley y por tanto el artículo 67.

¹⁰ El artículo 210 TRLCSP – al igual que antes el artículo 60 en la Ley 13/1995 – establece que dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

resolución de la concesión, no se arroga unas prerrogativas propias de la Administración, sino que simplemente se limita a aplicar la norma y a dar noticia de que la concesión se ha resuelto por así disponerlo la ley. El Juez concursal no acuerda la resolución, sino que se limita a trasladar en sede concursal los efectos y consecuencias derivados de la extinción de la concesión por ministerio legal; cuestión distinta es que, una vez producida la disolución y extinción de la concesión, sea preciso proceder a su liquidación. En definitiva, ni el Juez concursal ha declarado la resolución de la concesión, ni el órgano administrativo puede reclamar una potestad, la de declarar resuelto el contrato, cuando su resolución se ha producido por ministerio de la ley y se ha acordado por el Juez del concurso, también por así disponerlo la ley, la disolución de la sociedad”.

- B) En cuanto a la **potestad de decidir que el concesionario siga cumpliendo con sus obligaciones hasta que el contrato se extinga**, en garantía de su continuidad, considera la Sentencia que la referencia a la extinción del contrato carece de virtualidad alguna. Se parte de un presupuesto inexistente -” hasta que el contrato se extinga “- pues, como se ha señalado anteriormente, la concesión se ha extinguido automáticamente al abrirse la fase de liquidación y corresponde declarar al Juez concursal la disolución de la sociedad, sin perjuicio, claro está, de atender a los efectos derivados de dicha extinción.
- C) La última **potestad** reclamada por la Administración tiene como objeto la **liquidación del contrato una vez extinguido por resolución**.

Precisa la sentencia que la cuestión planteada en realidad no versa sobre la atribución de la potestad de liquidar el contrato una vez resuelto¹¹ sino en determinar si las medidas ordenadas en el auto de apertura de la fase de liquidación “... poniendo a disposición del órgano concedente los bienes, derechos e infraestructuras a que esté obligado contractualmente, con las consecuencias concursales relativas al reconocimiento, calificación y clasificación crediticia inherente a dicho pronunciamiento” han supuesto una **inmisión en las prerrogativas de la Administración para la liquidación de la concesión**.

Considera que el Juez concursal no se limita a establecer una fecha para el cese completo de la actividad empresarial, por resolución definitiva de los contratos civiles, mercantiles y laborales con terceros, previsión que ceñiría sus efectos al ámbito concursal; sino que, consciente de las implicaciones de interés público que se ciernen con el cese de la explotación por parte de la concesionaria, por razón de “la necesaria coordinación de múltiples aspectos entre la concursada y la Administración del Estado para dicho traslado de la gestión y la posesión de infraestructuras, y el establecimiento de una fecha de corte con puesta a disposición de la gestión, conservación, personal y explotación comercial

¹¹ Pues tal atribución resulta claramente de la legislación aplicable y tiene reflejo en el Auto de 3 de octubre de 2016 (cf. Fundamento de Derecho primero)

a favor del órgano concedente” (Fundamento Jurídico Octavo del Auto de 3 de mayo de 2016 , en el que se deja razón y se justifica la adopción de la medida plasmada en el apartado 11 de la parte dispositiva), prevé además el traslado de bienes, derechos e infraestructuras a la Administración, intentando asegurar con ello la continuidad del servicio al posibilitar a la Administración el rescate de la concesión y la prestación del servicio y la explotación de las infraestructuras sin consecuencia concursal alguna.

Advierte que no hay que olvidar que, conforme al artículo 9 de la Ley Concursal, **la jurisdicción del Juez del concurso se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas “directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal”**.

Todo ello evidencia por tanto que tales medidas se inscriben dentro del estricto ámbito del concurso, **sin invadir potestad administrativa alguna**, y que únicamente incorporan la fecha determinante para que las consecuencias y efectos de la explotación de las infraestructuras pasen a recaer, no sobre el concursado, sino sobre la Administración, al tener que asumir directamente o a través de una nueva concesionaria la gestión de la autopista.

Por todo lo expuesto **la sentencia desestima el conflicto positivo de jurisdicción** planteado y declara que **corresponde al Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid la jurisdicción para seguir conociendo de la fase de liquidación del Procedimiento de Concurso nº 131/2015**, salvando, en todo caso, las potestades administrativas sobre la liquidación de la concesión, su rescate y la asunción, en su caso, de su explotación, determinación de las indemnizaciones pertinentes y demás previsiones contenidas en la legislación aplicable; sin que sea procedente la inhibición instada por el Ministerio de Fomento.

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

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público,

Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid, 28046 (tel.: 915 829 204)

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