CEF.-
Revista práctica del Derecho CEFLegal.-

www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN
Sentencia 5/2016, de 15 de diciembre de 2016

Conflicto de jurisdicción n.º 5/2016

(BOE de 12 de enero de 2017)

SUMARIO:

Contrato administrativo de concesión. Concurso de la adjudicataria. Fase de liquidación. Competencia para resolver y liquidar el contrato. La apertura de la fase de liquidación concursal determina la disolución de la concesionaria y su extinción, si bien durante todo este proceso la sociedad conserva su personalidad jurídica, lo que da lugar a un fenómeno complejo, que se manifiesta en una pluralidad de relaciones jurídicas existentes con la propia Administración concedente y con terceros, las cuales no pueden finalizar de forma abrupta e instantánea con la mera declaración de disolución de la concesionaria, ni con que se prevea por ministerio de la ley la resolución de la concesión. Es preciso que a la declaración de disolución siga la liquidación de aquellas relaciones jurídicas, de los vínculos que unen a la concesionaria con la propia Administración concedente y con los terceros con los que ha entablado relaciones jurídicas civiles, mercantiles y laborales. En este marco, si se pone en conexión el artículo 145.3 de la LC con los artículos 112.2 y 265.2 del TRLCAP, resulta que la apertura de la fase de liquidación concursal y la obligada declaración de disolución de la sociedad producen siempre la resolución del contrato. La resolución se produce por voluntad de la ley, mediando la previa decisión judicial de apertura de la fase de liquidación del concurso; hay, pues, un mandato que obliga a la Administración a instar lo adecuado para subvenir ordenadamente los efectos derivados de la extinción contractual producida desde el momento en que se abrió la fase de liquidación concursal. De esta forma, en el procedimiento de liquidación iniciado con la disolución de la sociedad cabe distinguir: por un lado, la liquidación de los contratos civiles, mercantiles y laborales, sobre los que decide en plenitud jurisdiccional el Juez del concurso; y, por otro lado, la liquidación de la concesión, sobre la que decide en plenitud la Administración concedente en los términos en que legalmente se establece y que responde a la necesaria preservación del interés público (a través de medidas como el rescate o la eventual asunción de la explotación directa de la concesión, con recepción de las obras y determinación de las indemnizaciones procedentes).

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), arts. 59, 111, 112, 249, 264 y 265.
Ley 22/2003 (Concursal), arts. 67, 145.3, 147 y disp. adic. segunda ter.
RDLeg. 3/2011 (TRLCSP), disp. trans. primera.
Ley 9/2015 (medidas urgentes en materia concursal), disp. trans. primera.8.

PONENTE:

Don Alberto Aza Arias.

www.civil-mercantil.com

Tribunal de Conflictos de Jurisdicción
Artículo 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial
Presidente Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano

Sentencia n.º: 5/2016.
Fecha Sentencia: 15/12/2016.
Conflicto de Jurisdicción: 5/2016.
Fallo/Acuerdo: Sentencia Resolviendo Conf. Jurisdicción.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Aza Arias.
Secretaría de Gobierno.
Tribunal Supremo.
Conflicto de Jurisdicción: 5/2016.
Secretaría de Gobierno.
Ponente: Excmo. Sr. D.: Alberto Aza Arias.

Sentencia núm.: 5/2016

Excmos. Sres.:

Presidente:

Don Carlos Lesmes Serrano.

Vocales:

Don Juan Carlos Trillo Alonso.
Don José Antonio Montero Fernández.
Don Miguel Herrero Rodríguez de Miñón.
Don Fernando Ledesma Bartret.
Don Alberto Aza Arias.

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, constituido por su Presidente y los Excmos. Sres. Vocales anteriormente citados, dotados de la potestad jurisdiccional reconocida en la Constitución, dictan la siguiente:

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de diciembre de dos mil dieciséis.

Visto por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, constituido por los miembros relacionados al margen, el conflicto de jurisdicción suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid y el Ministerio de Fomento, en el seno del Concurso n.º 131/2015, relativo a Ciralsa, Sociedad Anónima Concesionaria del Estado.

Antecedentes de hecho

Primero.

En el «Boletín Oficial del Estado» (BOE) de 21 de febrero de 2004 se publicó el Real Decreto 282/2004, de 13 de febrero, por el que se adjudica la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje circunvalación de Alicante, la variante libre de peaje de El Campello y otras actuaciones.

Su artículo 1 disponía:

«Se adjudica la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje circunvalación de Alicante y para las siguientes actuaciones, libres de peaje:

[…]

A la agrupación constituida por Autopistas Aumar, S. A., Concesionaria del Estado, Sociedad de Promoción y Participación Empresarial Caja Madrid, S. A., Inversora de Infraestructuras, S. A., y Dragados Concesiones de Infraestructuras, S. A., en los términos contenidos en la solución variante 1 de su oferta.»

Su artículo 2 («Constitución de la sociedad concesionaria») establecía:

«En el plazo de dos meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación en el ‘‘Boletín Oficial del Estado’’ de este real decreto, los adjudicatarios procederán a la constitución, en forma legal, de la sociedad concesionaria, de acuerdo con el proyecto de estatutos contenido en su oferta y ateniéndose, en todo caso, a lo que al respecto establece el pliego de cláusulas administrativas particulares, aprobado por la Orden FOM/2264/2003, de 1 de agosto, y el pliego de cláusulas generales, aprobado por el Decreto 215/1973, de 25 de enero.»

La disposición final única preveía su entrada en vigor del Real Decreto al día siguiente de su publicación en el «BOE».

Se deduce del expediente, y en particular del requerimiento de inhibición al que se alude infra en el antecedente de hecho sexto de esta sentencia, que la sociedad Ciralsa, S.A. Concesionaria del Estado (en lo que sigue, Ciralsa) resultó adjudicataria de dicho contrato de concesión.

Segundo.

Por Auto de 13 de marzo de 2014 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante, en proceso concursal n.º 466/13, se acordó poner fin a la fase común del concurso seguido frente a Ciralsa e iniciar la fase de convenio.

Tercero.

Por escrito de 1 de septiembre de 2014 la representación de la concursada formuló propuesta de convenio.

Por escrito de 11 de noviembre de 2014 la Abogacía del Estado, en representación de Sociedad Estatal de Infraestruscturas de Transporte Terrestre, S.A. (SEITTSA), formuló propuesta de convenio.

Por Auto de 10 de diciembre de 2014 se acordó la suspensión de la tramitación de la sección de convenio.

Cuarto.

Por escrito de 25 de noviembre de 2014 la Abogacía del Estado, en representación de SEITTSA, formuló ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid (en el proceso n.º 701/12, seguido frente a la mercantil Accesos de Madrid Concesionaria Española, S.A.U.) solicitud de acumulación a dicho proceso del seguido frente a CIRALSA en el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante con el n.º 466/2013.

Por Auto de 15 de diciembre de 2014 del Juzgado Mercantil n.º 6 de Madrid se acordó la acumulación de ambos procesos y, recibidas las actuaciones y registradas bajo el n.º 131/15 de dicho Juzgado, por Auto de 2 de marzo 2015 se acordó lo oportuno para la adecuación y coordinación de ambos procesos, requiriendo a la concursada y a la mercantil pública para la subsanación de los defectos apreciados en ambas propuestas.

Quinto.

Consta en el expediente Auto de 3 de mayo de 2016 del Juzgado Mercantil n.º 6 de Madrid, de apertura de la fase de liquidación.

En su antecedente decimocuarto se recoge que: «Por Auto de 3 de mayo de 2016 se acordó la inadmisión a trámite de las propuestas [de convenio] formuladas».

Su parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Dispongo: Debo:

1. Acordar la apertura, de oficio, de la fase de liquidación, de la mercantil Ciralsa, S.A., Sociedad Concesionaria del Estado, con CIF A-53.872.263; inscrita en el Registro Mercantil de Alicante al tomo 12.771, folio 19, hoja n.º A-83.145.

2. Acordar la suspensión, durante la fase de liquidación, de los administradores sociales en las facultades de administración y disposición, que serán íntegramente asumidas por los administradores concursa les, con todos los efectos establecidos en el Título III de la L.Co.

3. Declarar el cese de los administradores y/o liquidadores sociales -en su caso-, que serán sustituidos en sus cargos, facultades, funciones y deberes, por la administración concursal.

4. Declarar disuelta la sociedad concursada; si no estuviera ya acordada la misma.

5. Declarar, junto a lo señalado en el Capítulo II del Título III de la L.Co., a fecha de la presente resolución, el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos consistentes en otras prestaciones.

6. Ordenar la publicación por edictos de la apertura de la fase de liquidación, que se fijará en el tablón de anuncios de este Juzgado, así como la publicación en el Registro Público Concursal; haciendo entrega al Procurador del instante de los oficios y mandamientos necesarios para su adecuado diligenciamiento.

7. Procede inscribir en el Registro Mercantil la declaración de la apertura de la fase de liquidación; lo acordado respecto a la suspensión de las facultades de- administración y disposición de la concursada, así como el cese de tales administradores sociales y el simultáneo nombramiento de los administradores concursales en las funciones de aquellos, así como la disolución de la sociedad concursada, de no estar ya acordada.

8. Ordenar la inscripción de la apertura de la fase de liquidación en el Registro de la Propiedad y en los demás registros e n los que figuren bienes a nombre de la concursada.

9. Los respectivos oficios y mandamientos se entregarán al Procurador de la concursada para que cuide de su diligenciado, significándole el deber de remitirlos de inmediato a los medios de publicidad correspondientes y, una vez verificados, aportar para su unión al presente procedimiento un justificante de su publicación, inscripción o anotación.

10. Requerir a la administración concursal para que en el plazo prorrogable de quince días a contar desde el siguiente a la notificación de la presente Resolución, emita y aporte plan de liquidación y de las operaciones de realización de bienes en los términos del arto 1481 L.Co.

11. Declarar resuelto por ministerio de la Ley, con efectos concursales [-obligacionales y crediticios en el patrimonio de la concursada-] desde la presente Resolución judicial, relativo al contrato concesional formalizado entre la Administración del Estado y la concursada y otorgado por Real Decreto n.º 282/2004, de 13 de febrero ["BOE" de 21.2.2004]; ordenando el cese total de la actividad empresarial de la concursada a las 00:00 horas del día 1.10.2016 en relación con dicha concesión; 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.

12. Conceder a las partes y al Ministerio Fiscal el plazo de un mes, a contar desde la notificación de la presente, para que formulen alegaciones en relación a lo establecido en el F. Dcho 9.º de la presente Resolución [audiencia a las partes respecto a la posible inconstitucionalidad del art. 7 del Real Decreto-Ley 1/2014, de 24 de enero, por el que se adiciona un nuevo apartado 7° al art. 271 del Texto Refundido de la Ley del Contratos del Sector Público; así como del art. 6 del citado Real Decreto-ley 1/2014 por el que se modifica el art. 17 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas]; hecho lo cual se pronunciará este Tribunal respecto al planteamiento o no de la misma, en cuanto facultad discrecional de este titular.»

Sexto.

Consta en el expediente requerimiento de inhibición de la Ministra de Fomento al Juzgado Mercantil n.º 6 de Madrid.

Entre otros aspectos, se señalan como prerrogativas de la Administración respecto del contrato de concesión las del artículo 60 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP, vigente al tiempo de la licitación), contenidas en términos similares en el artículo 211 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), los cuales le otorgan las de supervisar y garantizar el cumplimiento del contrato, así como las de resolver el contrato y liquidar este («determinar los efectos» de la resolución).

El Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid no ha respetado tales prerrogativas, contraviniendo el artículo 67 y la disposición adicional segunda de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), que remiten ambos a su legislación especial -esto es, a la legislación de contratos del sector público y a la específica de cada tipo de contrato- los efectos de la declaración de concurso sobre tales contratos.

Esta extralimitación se ha producido: i) al disponer que se declara «resuelto por ministerio de la ley» el contrato adjudicado a CIRALSA; ii) al acordar el Juzgado que «autoriza a la concursada a dejar de cumplir el contrato concesional»; y iii) al declarar resuelto el contrato «poniendo a disposición del órgano concedente los bienes, derechos e infraestructuras a que [la concursada] esté obligada contractualmente».

Por todo ello solicita que se tengan por suspendidos, hasta la resolución del conflicto, los tres referidos pronunciamientos del Auto de 3 de mayo de 2016, «y por ende todos aquellos efectos que se derivan del fundamento jurídico octavo y dispositivo número 11» de dicho auto; y que se inhiba en su jurisdicción respecto de tales pronunciamientos «revocándolos y reconociendo que, en el ejercicio de las prerrogativas administrativas aplicables a dicho contrato de concesión, corresponde a la Administración del Estado, con carácter previo a cualquier pronunciamiento judicial:

a) La potestad de declarar resuelto el contrato a todos los efectos, cuando concurra causa legal para ello y previa la tramitación del procedimiento administrativo legalmente establecido;
b) la potestad, hasta que el contrato se extinga, de declarar la obligación de seguir cumpliéndolo, en garantía de su continuidad; y
c) la potestad de liquidar el contrato una vez extinguido por resolución».

Séptimo.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid, de fecha 3 de octubre de 2016, dispone: «Que, desestimando en su totalidad el requerimiento de inhibición formulado por escrito de 9.6.2016 de la Excma. Sra. Ministra de Fomento respecto al pronunciamiento 11.º contenido en Auto de 3.5.2016 de este Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid, procede elevar las actuaciones a la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo del artículo 38 LOPJ».
Su fundamento de derecho (FD) primero, relativo a la «Discordancia entre lo resuelto y lo requerido. Exceso del oficio», en su apartado B) señala lo siguiente:

«Si bien a través del apartado a) de su requerimiento el Ministerio de Fomento reclama para sí toda la potestad para declarar resuelto el contrato [-sobre lo que sí se ha pronunciado éste tribunal-], y en su apartado b) reclama para sí la potestad de obligar a la concursada a cumplir el contrato concesional [-sobre lo que también se ha pronunciado este órgano jurisdiccional-], resulta que en modo alguno y en ninguna resolución judicial éste tribunal se ha arrogado o ha procedido a liquidar el contrato concesional una vez extinguido por resolución, por lo que el apartado c) del requerimiento excede del ámbito jurisdiccional debatido; aunque como se verá y expondrá es en tal lacónico requerimiento donde se condensa el interés del Estado en limitar las competencias jurisdiccionales del juez del concurso cuando conoce de la insolvencia de sociedades concesionarias del Estado; lo que será extrapolable a cualesquiera Administraciones públicas.»

En el FD segundo («Competencia del juez del concurso para declarar la resolución del contrato […]»), apartado A), se razona que:

«Por mandato claro, inequívoco y no precisado de integración, el art. 270.2 T.R.L.C.S.P. fija como causa de resolución del contrato de concesión de obra pública la apertura de la fase de liquidación concursal, de tal modo que frente a otras causas cuya apreciación requiere previo pronunciamiento administrativo [rescate, secuestro, imposibilidad, entre otras] la estimación de la causa de resolución por apertura de la fase de liquidación concursal es objeto de un mandato inequívoco del Legislador, de tal modo que mientras otras causas facultan a la parte «in bonis» a ejercitar o no la resolución, la causa que nos ocupa obliga al órgano concedente a proceder a la resolución contractual.

Dicho de otro modo, el legislador no quiere que sociedades concursadas sometidas a la fase de liquidación y realización de sus bienes dentro de proceso concursal continúen gestionando bienes y servicios públicos por la vía del contrato de concesión; imponiendo al órgano concedente la obligación de resolver dicho contrato sin posibilidad de optar entre exigir su cumplimiento o resolverlo [art. 1124 C. Civil].»

El apartado D) del mismo FD segundo argumenta, por su parte, como sigue:

«(…) lo que subyace en el requerimiento del Ministerio de Fomento es que, pese a la relevancia económica de las dificultades económicas, de tesorería, empresariales y de mercado para atender sus obligaciones contractuales pendientes y futuras nacidas del contrato concesional, la concesionaria de bienes o servicios públicos en fase de liquidación está obligada a cumplir con sus obligaciones en tanto no le autorice a incumplir el órgano concedente, aunque con ello obtenga menos ingresos que los gastos de explotación y financieros que soporta, viéndose abocada a una minoración y extinción de la masa activa concursal en perjuicio de los acreedores concursales y contra la masa.»

Finalmente, el FD tercero se dedica al «Alcance mero-declarativo e intra-concursal [sic] de la resolución contractual acordada».

Octavo.

Formalizado el conflicto de jurisdicción, con fecha 28 de octubre de 2016 informa el Ministerio Fiscal que, con base en «lo establecido en el artículo 67.1 de la Ley concursal y lo resuelto por esta Sala [de Conflictos de Jurisdicción] en el Auto expuesto [se refiere a la sentencia 1/2011, de 16 de junio], entendemos que el presente conflicto debe decidirse a favor del Ministerio de Fomento».

Noveno.

Con fecha 14 de noviembre de 2016, informa la Abogacía del Estado en el Tribunal Supremo solicitando que «se dicte sentencia declarando que corresponde a la Administración del Estado con carácter previo a cualquier pronunciamiento judicial:

a) La potestad de declarar resuelto el contrato a todos los efectos cuando concurra causa legal para ello y previa la tramitación del procedimiento administrativo legalmente establecido;

b) la potestad, hasta que el contrato se extinga, de declarar la obligación de seguir cumpliéndolo en garantía de su continuidad; y

c) la potestad de liquidar el contrato una vez extinguido por resolución».

Fundamentos de Derecho

Primero.

El conflicto a decidir en el presente caso enfrenta al Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid y al Ministerio de Fomento, en torno al ejercicio de las potestades de resolver, decidir sobre el cumplimiento de las obligaciones y liquidar el contrato administrativo de concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje circunvalación de Alicante, la variante libre de peaje de El Campello y otras actuaciones, adjudicado a Ciralsa,

S.A. Concesionaria del Estado (Ciralsa), una vez declarado el concurso de esta entidad y abierta la fase de liquidación por Auto del mencionado Juzgado de fecha 3 de mayo de 2016.

Aun cuando en el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid por el que se rechaza el requerimiento de inhibición, de fecha 3 de octubre de 2016 (cf. antecedente de hecho séptimo), se cuestiona que la última facultad citada, la de liquidar el contrato, forme parte del ámbito objetivo del conflicto (pues se dice que «en modo alguno y en ninguna resolución judicial éste tribunal se ha arrogado o ha procedido a liquidar el contrato concesional una vez extinguido por resolución, por lo que el apartado c) del requerimiento excede del ámbito jurisdiccional debatido»), ciertamente y como ha apuntado la Abogacía del Estado, la lectura del dispositivo n.º 11 del Auto de 3 de mayo de 2016 sí que permite afirmar que la facultad de liquidación, como una de las que lleva anudadas la de resolución del contrato, debe formar parte del objeto del presente conflicto. Reza así el mencionado punto n.º 11 de la parte dispositiva del Auto de 3 de mayo de 2016: «declarar resuelto por ministerio de la Ley, con efectos concursales […] desde la presente Resolución judicial, relativo al (sic) contrato concesional (…); poniendo a disposición del órgano concedente los bienes, derechos e infraestructuras a que esté obligado contractualmente (…)». Tal puesta a disposición de los bienes, derechos e infraestructuras es claro que forma parte de -o es una de las consecuencias implícitas en- la liquidación del contrato, por lo que debe entenderse constituido el objeto del conflicto por los tres mencionados aspectos relativos al contrato de concesión.

Segundo.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) dispone en su artículo 67, integrado en el título III («De los efectos de la declaración de concurso») lo siguiente:

«1. 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.

2. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán en cuanto a sus efectos y extinción, por lo establecido en esta Ley.»

Además, hay que tener en cuenta lo señalado en el artículo 147 de la LC:

«Durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el título III de esta Ley en cuanto no se opongan a las específicas del presente capítulo [capítulo II: De la fase de liquidación].»

En fin, la disposición adicional segunda ter de la LC establece que:

«En los concursos de empresas concesionarias de obras y servicios públicos o contratistas de las Administraciones Públicas, se aplicarán las especialidades que se hallen establecidas en la legislación de contratos del sector público y en la legislación específica reguladora de cada tipo de contrato administrativo.»

Esta última norma fue introducida en la LC por el artículo único, apartado uno, 21, de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, cuya disposición transitoria primera, apartado 8, prevé que:

«Lo dispuesto en el número 21 del apartado uno del artículo único resultará de aplicación a todos los contratos administrativos que no se hayan extinguido, cualquiera que sea su fecha de adjudicación, con independencia de la fase en que se hallen los procedimientos concursales.»

El fondo del presente conflicto de jurisdicción deberá regirse, pues, por lo dispuesto al efecto en la legislación de contratos del sector público y por lo que en ella se establece respecto al contrato de concesión de obra pública.

La norma temporalmente aplicable, en virtud de la fecha de adjudicación del contrato objeto de conflicto (y teniendo en cuenta el tenor literal de la disposición transitoria primera del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre [TRLCSP]: «Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior») es el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), en su redacción por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, la cual añadió un Título V a su Libro II regulando precisamente el contrato de concesión de obras públicas.

Con carácter general, deben recordarse las previsiones de los artículos 59.1, primer párrafo, 111.1.b) y 112, apartados 1 y 2, primer párrafo, del citado TRLCAP, los cuales establecen:

Artículo 59. *Prerrogativas de la Administración.*

«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.»

Artículo 111. *Causas de resolución.*

«Son causas de resolución del contrato:

(…)

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.»

Artículo 112. *Aplicación de las causas de resolución.*

«1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine.

2. La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación originarán siempre la resolución del contrato.

(…).»

Por otra parte, dentro del citado Título V del Libro II, relativo al contrato de concesión de obra pública, el cual tiene carácter de contrato administrativo ex artículo 5.2.a) TRLCAP, resultan de aplicación los artículos 249.1.d), 264.b) y 265, apartados 1 y 2, los cuales rezan como sigue:

Artículo 249. *Prerrogativas y derechos de la Administración.*

«1. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y con los efectos señalados en esta ley, el órgano de contratación o, en su caso, el órgano que se determine en la legislación específica, ostentará las siguientes prerrogativas y derechos:

(…)
d) Acordar la resolución de los contratos en los casos y en las condiciones que se establecen en los artículos 264 y 265 de esta ley.»

Artículo 264. *Causas de resolución.*

«Son causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas las siguientes:

(…)
b) La declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento o el acuerdo de quita y espera.»

Artículo 265. *Aplicación de las causas de resolución.*

«2. Las causas de resolución previstas en los párrafos b) –salvo la suspensión de pagos–, e), g), h) e i) del artículo anterior originarán siempre la resolución del contrato. En los restantes casos de resolución del contrato el derecho para ejercitarla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diera lugar a aquélla.»

Debe hacerse notar, a los efectos que ahora interesan, que los artículos 111 y 112 del TRLCAP sí fueron reformados para adecuar su contenido a la nueva legislación concursal (disposición final decimotercera, apartados 2 y 3, de la LC); adaptación que no se produjo en el caso de los artículos 264 y 265 de dicho texto refundido.

Tercero.

La primera potestad que reclama la Administración es la «potestad de declarar resuelto el contrato a todos los efectos, cuando concurra causa legal para ello y previa la tramitación del procedimiento administrativo legalmente establecido».

El examen de esta cuestión ha de comenzar poniendo de manifiesto la, al menos aparente, falta de coordinación entre ambas legislaciones, la concursal y la de contratación del sector público, en tema tan sensible para los intereses públicos como el que nos ocupa.

Si se atiende a las competencias que, con carácter exclusivo y excluyente, la LC atribuye al Juez del concurso sobre el conjunto de contratos civiles, mercantiles y laborales suscritos por la entidad concesionaria respecto de terceros, resulta claro que las medidas que adopte sobre estas relaciones jurídicas afectan directamente a la propia vigencia de la concesión, en tanto que basta con declarar dentro de sus facultades la resolución de aquellos (lo que forma parte de las consecuencias obligadas de la fase de liquidación) para que

automáticamente cese el contrato concesional ante la imposibilidad del desarrollo de la actividad empresarial-concesional. En cambio, si se atiende a las potestades y prerrogativas que la Administración concedente tiene reconocidas legalmente, a la misma le corresponde por exigencia del interés público que subyace en la concesión, entre otras, la de acordar la resolución de los contratos en los casos de concurso o de declaración de insolvencia.

La aparente contradicción existente entre tales bloques normativos puede salvarse mediante una interpretación que procure la concordancia y conexión entre ambos.

Con arreglo a los artículos 112.2 y 265.2 del TRLCAP, la declaración de insolvencia y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, determinan siempre la resolución del contrato; en los demás casos, tal resolución será potestativa para aquella parte a la que no sea imputable la circunstancia que la dio lugar.

Así, cuando la resolución de la concesión tenga carácter potestativo, es factible que continúe la actividad empresarial con los efectos jurídicos derivados de la vigencia de la concesión, precisando el artículo 265.1 del TRLCAP que la resolución se ordenará por el órgano competente. En estos casos no hay duda de que corresponde a la Administración, en virtud de la prerrogativa de autotutela que le atribuye el ordenamiento jurídico, la «facultad» de resolver el contrato; se trata de una potestad resolutoria discrecional de la Administración Pública en cuyo ejercicio no puede interferir el juez del concurso y que, al estar sujeta a la ley y al resto del ordenamiento jurídico, es susceptible de control judicial en vía contencioso-administrativa.

Sin embargo, cuando la resolución es obligada, no queda a voluntad de la Administración declararla, sino que, como recoge el Auto de 3 de octubre de 2016, se impone por mandato de la ley al órgano concedente la obligación de resolver dicho contrato, sin posibilidad de optar entre exigir su cumplimiento o resolverlo. En última instancia, dicho mandato deriva directamente de la decisión del órgano judicial competente que inicia la fase de liquidación en el procedimiento concursal, pues es la consecuencia que anuda la ley a esa decisión y que imperativamente se impone a la Administración. Por tanto, cabe convenir que la apertura de la fase de liquidación produce siempre la resolución de la concesión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 112.2 y 265.2 del TRLCAP.

Conviene recordar en este punto los efectos que lleva aparejados la apertura de la fase de liquidación concursal. En el auto de 3 de mayo de 2016, además de declararse dicha apertura, lo que significa la renuncia a procurar la continuación de la actividad empresarial, se acuerda la suspensión a la deudora de las facultades de administración y disposición, el cese de los administradores sociales y la disolución de la sociedad (artículo 145.3 de la LC), con la obligación por parte de los administradores concursales de presentación de un plan de liquidación sobre los bienes y derechos de la masa activa.

La apertura de la fase de liquidación concursal determina, pues, la disolución de la concesionaria y su extinción, si bien durante todo este proceso la sociedad conserva su personalidad jurídica, lo que da lugar a un fenómeno complejo, que se manifiesta en una pluralidad de relaciones jurídicas existentes con la propia Administración concedente y con terceros, las cuales no pueden finalizar de forma abrupta e instantánea con la mera declaración de disolución de la concesionaria, ni con que se prevea por ministerio de la ley la resolución de la concesión. Es preciso que a la declaración de disolución siga la liquidación de aquellas relaciones jurídicas, de los vínculos que unen a la concesionaria con la propia Administración concedente y con los terceros con los que ha entablado relaciones jurídicas civiles, mercantiles y laborales.

En este marco, si se pone en conexión el artículo 145.3 de la LC con los artículos 112.2 y 265.2 del TRLCAP, resulta que la apertura de la fase de liquidación concursal y la obligada declaración de disolución de la sociedad producen siempre la resolución del contrato. La

resolución se produce por voluntad de la ley, mediando la previa decisión judicial de apertura de la fase de liquidación del concurso; hay, pues, un mandato que obliga a la Administración a instar lo adecuado para subvenir ordenadamente los efectos derivados de la extinción contractual producida desde el momento en que se abrió la fase de liquidación concursal.

De esta forma, en el procedimiento de liquidación iniciado con la disolución de la sociedad cabe distinguir: por un lado, la liquidación de los contratos civiles, mercantiles y laborales, sobre los que decide en plenitud jurisdiccional el Juez del concurso; y, por otro lado, la liquidación de la concesión, sobre la que decide en plenitud la Administración concedente en los términos en que legalmente se establece y que responde a la necesaria preservación del interés público (a través de medidas como el rescate o la eventual asunción de la explotación directa de la concesión, con recepción de las obras y determinación de las indemnizaciones procedentes).

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 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.

Cuarto.

La segunda potestad que reclama la Administración (la potestad, hasta que el contrato se extinga, de declarar la obligación de seguir cumpliéndolo, en garantía de su continuidad) 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 declarar el Juez concursal la disolución de la sociedad, sin perjuicio, claro está, de atender a los efectos derivados de dicha extinción.

Quinto.

La última potestad reclamada por la Administración tiene como objeto la liquidación del contrato una vez extinguido por resolución.

Ante todo, ha de precisarse que la cuestión planteada no versa sobre la atribución a la Administración de la potestad para liquidar el contrato concesional una vez resuelto, 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).

La cuestión planteada consiste en determinar si las medidas ordenadas en el Auto de 3 de mayo de 2016, de apertura de la fase de liquidación (apartado 11 de la parte dispositiva: «… 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.

En efecto, 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 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.

No hay que olvidar que, conforme al artículo 9 de la LC, 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, sin que proceda entrar a valorar en este momento su oportunidad o corrección (constando que el citado Auto se ha recurrido ante la Audiencia Provincial), que las medidas contenidas en el referido apartado 11 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.

Sexto. *Gratuidad del procedimiento.*

No procede hacer pronunciamiento alguno en materia de costas, habida cuenta del carácter gratuito del procedimiento, conforme a lo dispuesto en el art. 21 de la LCJ.

Séptimo. *Firmeza de la sentencia.*

La presente sentencia es firme, ya que no procede contra ella recurso ordinario ni extraordinario, salvo el amparo constitucional cuando proceda, conforme a lo establecido en el art. 20.1 de la LCJ.

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY,

por la autoridad conferida por la Constitución española,

FALLAMOS

1. Desestimar el conflicto positivo de jurisdicción planteado entre el Ministerio de Fomento y el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid.

2. Declarar que corresponde al Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid la jurisdicción para seguir conociendo de la fase de liquidación del Procedimiento de Concurso n.º 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.

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Lesmes Serrano. Juan Carlos Trillo Alonso. José Antonio Montero Fernández. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón. Fernando Ledesma Bartret. Alberto Aza Arias.