



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

Sentencia 1/2017, de 9 de mayo de 2017

Conflicto de Jurisdicción n.º 3/2016

(BOE de 30 de mayo de 2017)

SUMARIO:

Conflicto de jurisdicción. Juzgado Mercantil-Ayuntamiento. Concurso. Liquidación y compensación de créditos. Operaciones de compensación realizadas por la Corporación en procedimiento de liquidación de concesión administrativa a la sociedad concursada. Corresponde al Juzgado de lo Mercantil la jurisdicción para seguir conociendo de la fase de liquidación del concurso en relación a las operaciones de liquidación y compensación de los créditos correspondientes a la concursada, sin perjuicio y salvando, en todo caso, a favor de la Administración, las potestades administrativas sobre la liquidación de la concesión, su rescate y la asunción, en su caso, de su explotación, con arreglo al TRLCSP; siendo procedente la inhibición del Ayuntamiento en lo que se refiere a cualquier tipo de compensación en el que estén o pudieran estar afectados activos de la concursada. En la fase de declaración de concurso, la resolución de la concesión es potestativa, de suerte que es factible que durante la misma continúe la actividad empresarial con los efectos jurídicos derivados de la vigencia de la concesión; ciertamente 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 a la declaración de concurso sigue, se inicia, la fase de liquidación, la resolución es obligada, opera por imperativo legal; no queda a voluntad de la Administración declararla, sino que la Administración queda obligada por mandato legal, sin que quepa obviar que 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 su declaración 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. La disputa radica pues en las actuaciones de «compensación» llevadas a cabo por el Ayuntamiento, que a través de una vía -la liquidación de la concesión- u otra -la compensación ex art. 58 de la Ley Concursal- realiza una serie de operaciones económicas que implican el reconocimiento de activos de la concesionaria - en principio, la concursada- y su extinción por compensación con otros créditos que se consideran preexistentes. La relevancia de dichas operaciones y sus consecuencias en los activos de la concursada determina que, una vez iniciada la liquidación del concurso, el Ayuntamiento no podía disponer, al margen del concurso, de un crédito reconocido en su contra mediante una compensación con deudas de la concursada -o de la cesionaria- pues ello vulneraría el art. 58 de la Ley Concursal, que prohíbe la compensación como medio para extinguir obligaciones recíprocas, prohibición cuya salvaguarda recae en el juzgador del concurso.



www.civil-mercantil.com

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 24.2.

Ley Orgánica 2/1987 (Conflictos jurisdiccionales), art. 17.1.

RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), arts. 67, 68, 266 y ss. y disps. adics. segunda ter y tercera.

Ley 22/2003 (Concursal), arts. 8.1, 9, 49, 50.1, 58, 67, 145 y 147.

RDLeg. 3/2011 (TRLCSP), art. 221 y ss., 249.1 d), 266, 269, 270, 271 y ss.

PONENTE:

Doña María Isabel Perelló Doménech.

Tribunal de Conflictos de Jurisdicción

Art. 38 LOPJ

Presidente Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano

Sentencia n.º: 1/2017.

Fecha Sentencia: 09/05/2017.

Conflicto de Jurisdicción: 3/2016.

Fallo/Acuerdo: Sentencia Resolviendo Conf. Jurisdicción.

Ponente Excmo. Sr. D.: María Isabel Perelló Doménech.

Secretaría de Gobierno.

Tribunal Supremo.

Conflicto de Jurisdicción: 3/2016.

Secretaría de Gobierno.

Ponente Excmo. Sr. D.ª: María Isabel Perelló Doménech.

Sentencia núm.: 1/2017

Excmos. Sres.:

Presidente:

Don Carlos Lesmes Serrano.

Vocales:

Doña María del Pilar Teso Gamella.

Doña María Isabel Perelló Doménech.

Don José Luis Manzanares Samaniego.

Doña María Teresa Fernández de la Vega Sanz.

Don Enrique Alonso García.

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, dicta la siguiente:



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Mayo de dos mil diecisiete.

La Sala de Conflictos de Jurisdicción de este Tribunal Supremo, constituida para resolver el Conflicto núm, 3/2016 entre el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, y el Ayuntamiento de Deltebre, en el seno del Concurso núm. 809/2010, relativo a la mercantil «Construcciones A. FEU SA», siendo Ponente la Excmá Sra. M.^a Isabel Perelló Doménech, quien expresa el parecer de la Sala.

Antecedentes de hecho

Primero.

El Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Barcelona conforme a lo dispuesto en el art. 58 de la Ley Concursal, mediante Auto de fecha 2 de marzo de 2016, plantea conflicto de jurisdicción, en el que dice literalmente:

«En el caso de que la administración no suspenda su actuación debe plantearse un conflicto de jurisdicción conforme a lo dispuesto en el art. 38 LOPJ, por lo que conforme al art. 9 de la LO 2/1987, sobre conflictos de jurisdicción, procede requerir de inhibición al Ayuntamiento de Deltebre respecto del procedimiento administrativo de resolución del contrato de concesión administrativa, al menos en lo referido a cualquier tipo de compensación pretendida en el que estén o pudieran estar afectados activos de la concursada; y para que acuerde de inmediato su suspensión en este extremo y no aplique compensación alguna, al constar abierta la liquidación de la sociedad con anterioridad al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Deltebre de 17 de noviembre de 2015 y, por tanto, siendo competencia exclusiva y excluyente de este Juzgado mercantil conocer de estas materias de conformidad con el art. 8.3 ley Concursal y el art. 86 ter de la LOPJ.»

Y de conformidad con el mismo, se acordó librar oficio al Ayuntamiento de Deltebre para que de forma inmediata dejara en suspensión el procedimiento administrativo de resolución de contrato de concesión administrativa, al menos en lo referido a cualquier compensación pretendida en el que estén o pudieran estar afectados los activos de la concursada, debiendo comunicarse al Juzgado de lo Mercantil, si declina su jurisdicción o por el contrario la mantiene.

Segundo.

El Ayuntamiento de Deltebre sostiene su competencia sobre el expediente administrativo de resolución y liquidación del contrato de concesión firmado con la empresa concursada «Construcciones A. Feu S.A» con base a lo dispuesto en el art. 67 y la Disposición Adicional Segunda ter, de la Ley Concursal.

Tercero.

Por Diligencia de Ordenación de 8 de junio de 2016, este Tribunal Supremo tuvo por recibido oficio del Ayuntamiento de Deltebre, remitiendo certificación del acuerdo adoptado por



www.civil-mercantil.com

el pleno municipal en fecha 7 de mayo de 2016, referente a «propuesta para mantener la jurisdicción del Ayuntamiento de Deltebre en lo referente al requerimiento de inhabilitación formulado por el Juzgado Mercantil núm.1 de Barcelona en el seno del procedimiento del concurso núm. 809/2010 y plantear formalmente el conflicto de jurisdicción ante el Tribunal de Conflictos de jurisdicción».

Formándose el rollo de Sala, se ha seguido con el número de Conflicto de Jurisdicción núm. A38/ 3/2016. Se interesó de los órganos en conflicto la remisión de las respectivas actuaciones relativas al Concurso núm. 809/2010 del Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Barcelona y expediente administrativo del Ayuntamiento de Deltebre, traducidas en su caso al castellano.

Tras varios requerimientos del expediente administrativo al Ayuntamiento de Deltebre, se remitió oficio de fecha 21 de diciembre de 2016, reclamándolo de nuevo con el apercibimiento de tenerle por desistido del conflicto planteado, y el archivo de las actuaciones.

Cuarto.

Por Diligencia de Ordenación de 31 de enero de 2017 se tiene por recibido el expediente administrativo del citado Ayuntamiento, uniéndose al recibido del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona el 9 de septiembre de 2016, dando vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y al referido Ayuntamiento por plazo de diez días.

El Ministerio Fiscal remite informe de fecha 13 de febrero de 2017 interesando se declare la competencia a favor del Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Barcelona, reiterando su conclusión en informe complementario de fecha 2 de marzo de 2017.

El Ayuntamiento de Deltebre se opuso a la solicitud de inhabilitación y reitera la competencia del Ayuntamiento.

La parte actora presentó escrito solicitando la suspensión de la deliberación, del que se dió cuenta al ponente una vez terminada la deliberación del procedimiento.

Quinto.

Señalada la audiencia del día 24 de abril de 2017, a las 10:45 horas de su mañana para la votación y fallo del conflicto de jurisdicción cuyos antecedentes quedan expuestos, en el día y hora indicados se llevó a efecto lo acordado, con el resultado que consta en la parte dispositiva de la presente sentencia.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. María Isabel Perelló Doménech, quien expresa el parecer del Tribunal de Conflictos.

Fundamentos de Derecho

Primero.

El mecanismo del conflicto de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración tiene por objeto, exclusivamente, declarar a quien corresponde la jurisdicción controvertida (artículo 17.1 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales). En el presente conflicto nos corresponde dilucidar si corresponde al Juzgado de lo Mercantil o al Ayuntamiento de Deltebre la competencia en relación a las operaciones de «compensación» realizadas por dicha Corporación en el seno del procedimiento de liquidación



www.civil-mercantil.com

de la concesión administrativa para la construcción y explotación de una piscina y pabellón municipal y otras instalaciones cuya concesionaria es «Construcciones A. Feu SA».

Cabe precisar, de forma preliminar, que están fuera de lugar los argumentos relativos a la cuestión de fondo, tanto de hecho como de derecho; esto es, los que aduce el Ayuntamiento del Deltebre sobre la realidad de la concesión y la sucesión de las entidades que suscribieron la concesión, así como los efectos económicos de tales cesiones.

Segundo.

Para la correcta resolución del conflicto de jurisdicción que aquí se suscita, conviene exponer los antecedentes relevantes que dan lugar a su planteamiento:

En el procedimiento concursal número 809/2010 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona, se dictó resolución el 4 de octubre de 2010 declarando en concurso a la sociedad mercantil «Construcciones A. Feu S.A». Con posterioridad dicha entidad entró en fase de convenio desde el 15 de julio de 2011 hasta el 1 de abril de 2014, en el que se abrió la liquidación.

Por escrito de fecha 12 de enero de 2016, la Administración concursal puso en conocimiento del reseñado Juzgado de lo Mercantil, que el Ayuntamiento de Deltebre pretendía compensar los derechos de crédito de la concursada frente a la administración -posteriores a la declaración de concurso- con derechos de crédito de la administración frente a la concursada -anteriores al concurso-, todo ello en virtud del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Deltebre de 17 de noviembre de 2015.

El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona dicta Auto el 2 de marzo de 2016 acordando requerir de inhibición al Ayuntamiento de Deltebre para que de forma inmediata proceda a la suspensión del procedimiento administrativo de resolución de contrato de concesión administrativa «al menos en lo referido a cualquier tipo de compensación pretendida en el que estén o pudieran estar afectados activos de la concursada» debiendo comunicar al Juzgado si declina su Jurisdicción o por el contrario la mantiene.

El Pleno del Ayuntamiento de Deltebre de 5 de abril de 2016 ratifica el acuerdo de suspensión del procedimiento administrativo de resolución de la concesión de las obras de construcción de la piscina cubierta, del pabellón polideportivo municipal y de explotación de diversas instalaciones deportivas municipales, adoptado el anterior 19 de enero de 2016 y dar inicio al presente procedimiento de conflicto jurisdiccional.

En su escrito el aludido Ayuntamiento relaciona los siguientes extremos:

1. Mediante contrato de 19 de marzo de 2012 suscrito entre el Ayuntamiento de Deltebre y la sociedad «Eucagest 2, S.L», ésta sociedad se comprometió a realizar unas obras de construcción de una piscina cubierta y a finalizar las obras de un polideportivo, así como explotar el negocio en los términos consignados a lo largo de sus estipulaciones. El Ayuntamiento, por su parte, se obligaba al pago de un canon anual a favor de la concesionaria de 76.137, 90 Euros, a abonar mensualmente de forma prorrateada.

2. Mediante contrato de cesión de la concesión de fecha 12 de noviembre de 2007, y tras una ampliación de las obras -que tuvo lugar el 28 de octubre de 2004- la sociedad «Eucagest 2» cedió a favor de «Construcciones A. Feu, S.A» todos los derechos inherentes a la concesión, obligándose «Construcciones A. Feu S.A» a abonar 1.800.000 Euros por la adquisición de los derechos de la concesión y a invertir las cantidades de 1.517.000 Euros destinados a la cancelación del préstamo hipotecario que «Eucagest 2 S.L» había contraído con Catalunya Caixa y 283.000 Euros por el pago de adquisición de derechos de la concesión.



3. En la estipulación decimotercera del mencionado contrato se establecía «la cesión de los derechos y obligaciones que este contrato confiere a «Construcciones A. Feu, SA» a favor de la sociedad denominada «Trévol Deltebre SLU» contemplando dicha cláusula contractual que por parte de «Construcciones A. Feu SA» se solicitaba que la gestión efectiva de la concesión transmitida fuera llevada a término por la sociedad «Trévol Deltebre SLU», prestando su consentimiento el Ayuntamiento. Se indicaba también que todos los derechos y obligaciones derivados del contrato fueran ejercidos por «Trévol Deltebre, SLU», especialmente los derivados de la cláusula tercera sobre la forma de pago y sobre la subrogación en las obligaciones y derechos del personal laboral de «Eucagest 2, SL».

4. Mediante contrato de 20 de noviembre de 2007, de modificación de contrato de cesión, suscrito entre el Ayuntamiento de Deltebre, Trévol y «Construcciones A. Feu SA», la sociedad «Trévol Deltebre SLU» se obligó formalmente a asumir el préstamo hipotecario por valor de 1.517.00 Euros, al pago de 280.000 en concepto de compra de los derechos concesionales y a la inversión de 438.000 euros adicionales. Asimismo, se amplía el canon a pagar por el Ayuntamiento en la suma de 215.000 Euros, que sería percibido por «Trévol del Deltebre SLU».

5. El 4 de octubre de 2010 la mercantil «Construcciones A. Feu SA» fue declarada en concurso de acreedores, estando en fase de convenio desde el 15 de julio de 2011 hasta el 1 de abril de 2014, fecha de la liquidación.

6. El 20 de febrero de 2014, también la sociedad «Trévol Deltebre SLU» fue declarada en concurso de acreedores, estando en liquidación desde el 31 de julio de 2014.

7. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dicta Sentencia el 28 de marzo de 2014 declarando nulo el acuerdo de 30 de octubre de 2007 del Pleno del Ayuntamiento de Deltebre por el que se aprobó la cesión de los derechos derivados de la concesión a «Trévol Deltebre SLU». Se anulaba en dicha sentencia el incremento del canon anual que pasó de 74.000 Euros a 225.000 Euros. A raíz de tal declaración se instó incidente de ejecución de sentencia.

8. El Pleno del Ayuntamiento de 16 de julio de 2014 acordó reclamar a «Trévol Deltebre SLU» la restitución del exceso del canon percibido desde el 20 de noviembre de 2007 hasta el 28 de marzo de 2014, fecha en la que se dictó la sentencia, suma que ascendía a 961.986, 39 Euros.

9. Tras la suspensión de los servicios de la concesión y abandono de las instalaciones y la declaración de concurso de las entidades «Construcciones A. Feu SA» y «Trévol Deltebre SLU», por Acuerdo de 14 de mayo de 2015 del Ayuntamiento de Deltebre se procedió a la apertura del expediente administrativo de resolución de la concesión y liquidación del contrato, realizando diversas operaciones económicas que incluían la «compensación» de ciertos créditos.

Por sentencia de 1 de septiembre de 2016, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Tarragona, anuló el Acuerdo del Pleno Municipal del Ayuntamiento de Deltebre de fecha 16 de julio de 2014, y declaró nulo el contrato de fecha 20 de noviembre de 2007 suscrito entre «Construcciones A. Feu SA», el Ayuntamiento de Deltebre y «Trévol Deltebre SLU» de modificación de la concesión.

Tercero.

El Ayuntamiento de Deltebre sustenta su competencia para la tramitación del expediente de resolución y liquidación de la concesión al margen del procedimiento concursal en que el contrato de concesión fue incumplido por «Trévol Deltebre SLU», en cuanto



www.civil-mercantil.com

concesionaria. Y es por esta razón, aduce dicha Corporación, se inicia el expediente administrativo de resolución de la liquidación frente a Trévol, con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), indicando a continuación, que dicha entidad está también en concurso, si bien, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 67 y la Disposición Adicional Tercera TRLCAP, corresponde al Ayuntamiento la actuación controvertida tendente a la resolución y liquidación de la concesión.

En fin, la competencia del Ayuntamiento del Deltobre para la resolución y liquidación de la concesión aludida se sustenta por un lado, en que esta se dirige no contra «Construcciones A. Feu S.A», a la que se refiere el requerimiento de inhibición del Juzgado de lo Mercantil, sino contra la entidad «Trévol Deltobre SLU» que era la efectiva concesionaria y la que en realidad había asumido las obligaciones y derechos económicos derivados de la concesión. Invoca asimismo el artículo 68 y la Disposición Adicional Segunda ter TRLCAP, según los cuales correspondería al Ayuntamiento la resolución y liquidación de la concesión.

Por su parte, ya hemos adelantado, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona sustenta su competencia en lo dispuesto en el art. 58 de la Ley Concursal. El Auto de 2 de marzo de 2016, dice textualmente:

«1. El art.58 de la LC que establece que «sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.»

Cuarto.

Conviene recordar como ya hizo este Tribunal en la sentencia de 13 de junio de 2013 (conflicto 3/2013) y 14 de diciembre de 2011 (conflicto 4/2011), con cita de otros precedentes (sentencias de 25 de junio de 2007 (conflicto 3/2007) y 22 de junio de 2009 (conflicto 7/2008), el principio de universalidad que establece la Ley 22/2003 atribuye jurisdicción exclusiva y excluyente al juez del concurso, al que incumbe la toma de cualesquiera decisiones sobre la marcha del procedimiento (jurisdicción exclusiva), sin que ningún otro órgano, administrativo o jurisdiccional, pueda actuar ejecutiva o cautelarmente sobre el patrimonio del concursado (jurisdicción excluyente). Esta configuración se funda en razones de economía procesal y sirve a la eficacia del proceso universal abierto.

Por ello, el juez del concurso es el «juez ordinario predeterminado por la ley» (artículo 24.2 de la Constitución) para solventar todas las acciones civiles de alcance patrimonial relativas al concursado, incluidas las cautelares (artículo 8.1º de la Ley 22/2003), extendiéndose, incluso, su competencia a las cuestiones prejudiciales, civiles, administrativas o sociales, directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal (artículo 9, en la redacción de la Ley 38/2011).

De este modo, una vez declarado el concurso, y como consecuencia de esa vis atractiva del procedimiento concursal, que atrae hacia el juez del concurso la competencia para el conocimiento de las indicadas acciones, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, quedan integrados en la masa pasiva (artículo 49), no pudiendo, en principio, actuar separadamente acciones individuales (artículo 50.1), sin que, por otro lado, proceda la compensación de los créditos y deudas del concursado, salvo que los requisitos de la compensación existieran con anterioridad de la declaración del concurso, resolviéndose por los cauces del incidente concursal las controversias que se susciten al respecto (artículo 58).



www.civil-mercantil.com

Quinto.

Singularmente, en lo que se refiere a la aparente contradicción entre la legislación concursal y la de contratación del sector público, cabe citar las dos Sentencias de esta Sala de Conflictos de 5 y 15 de Diciembre de 2016, en las que se realiza una interpretación armónica de ambos textos legales, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y el Real Decreto Legislativo 3/2001, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público TRLCSP. Dijimos entonces y cabe reiterar ahora:

«El art. 67 de la L.Co, sobre Contratos con Administraciones públicas, en fase de declaración de concurso, distingue entre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con la Administración, cuyos efectos se regirán por lo establecido en su legislación especial, de los de carácter privado, que se regirán en cuanto a sus efectos y extinción, por lo establecido en la Ley concursal. Si bien es cierto que se dio por terminada la fase común de concurso, iniciándose la fase de liquidación, como bien señala el Sr. Abogado del Estado, establece el art. 147 de dicho texto, en relación con su Disposición Adicional Segunda ter, Ley 9/2017, aplicable conforme establece la Disposición Transitoria 1.8 de esta Ley, que durante esta fase seguirán aplicándose las normas contenidas en el Título III de esta Ley en cuanto no se opongan a las específicas del presente capítulo, encontrándose el art. 67 en el citado Título, y, además específicamente 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 concreta reguladora de cada tipo de contrato administrativo.

No se discute que en la fase de liquidación concursal el Juez del concurso, como se pone de manifiesto expresamente en el auto del Juzgado de lo Mercantil nº. 6 de 3 de octubre de 2016, tiene atribuida jurisdiccionalmente la competencia «de declaración de ineficacia sobrevenida del universo de contratos civiles, mercantiles y laborales», es más se desprende de los términos en los que el Sr. Abogado del Estado ha formulado sus alegaciones, que este lo admite abiertamente, aunque a la par plantea la paradoja de que «resulta evidente que la resolución del contrato citado constituye un presupuesto de las medidas que hayan de adoptarse sobre los contratos civiles, mercantiles y laborales celebrados por la comisionaria no pudiéndose resolverse estos sin que previamente la Administración haya declarado resuelto el contrato de concesión que constituye la piedra angular de la explotación de la autopista», contradicción que solo cabe salvar entendiendo que lo que hace el Sr. Abogado del Estado es negar la propia jurisdicción del Juez concursal, que sólo la recuperará cuando la Administración siga el procedimiento resolutorio y establezca los efectos pertinentes de la extinción de la concesión, supeditando la culminación del proceso concursal a la decisión administrativa, como denuncia el Juez concursal en el auto que analizamos, con grave riesgo para las masas activa y pasiva y con perjuicio para el interés de los acreedores concursales, lo que quebranta el régimen concursal.

La disputa suscitada y los términos en los que se produce ponen en evidencia la inconsistencia, indeterminación y la 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. Así es, atendiendo estrictamente a las competencias que la ley concursal le atribuye al Juez del concurso, en tanto que posee competencia exclusiva y excluyente sobre el conjunto de contratos civiles, mercantiles y laborales suscritos por la entidad concesionaria respecto de terceros, resulta diáfano que las medidas que tome sobre estas relaciones jurídicas afecta 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 –ya no se trata de procurar la continuación de la actividad empresarial, sino de proceder a su cese y liquidación-, para que cese el contrato concesional ante la imposibilidad del desarrollo de la actividad empresarial-concesional; pero si atendemos a las potestades y prerrogativas que la Administración concedente tiene reconocidas legalmente, art. 249.1.d) TRLCSP, a la misma le corresponde por exigencia del interés público que subyace en la concesión, entre otras, «Acordar la resolución de los contratos en los casos y en las condiciones que se establecen en los artículos 269 y 270», que comprende la liquidación ordenada de la concesión para evitar perjuicios a dicho interés público.

La aparente contradicción, en tanto que la lectura separada de las normas nos conduce a consecuencias jurídicas incompatibles y excluyentes, esto es, la apertura de la fase de liquidación del concurso conlleva la cesación de vigencia de la concesión, lo que resulta contradictorio a las previsiones normativas sobre concesiones que prevén que el cese de la vigencia de la concesión se haga ordenadamente para evitar perjuicios a los intereses públicos, debe salvarse mediante una interpretación que procure la concordancia y conexión entre ambos bloques normativos.

Acudiendo a la legislación especial de aplicación al contrato de concesión que nos ocupa, ha de estarse a la legislación que le es de aplicación, con carácter general y en lo que ahora interesa, arts. 221 y ss. del TRLCSP sobre extinción de los contratos, los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución, lo que se repite en el art. 266 de dicho texto sobre los modos de extinción de las concesiones.

El art. 269 hace una relación de las causas de resolución, entre las que se encuentra la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento; y el art. 270, después de prevenir que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del concesionario, mediante el procedimiento que resulte de aplicación de acuerdo con la legislación de contratos, establece en su apartado 2 que la declaración de insolvencia y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, así como las causas de resolución previstas en los párrafos e), g), h) e i) del artículo anterior originarán siempre la resolución del contrato, y en los restantes casos, será potestativo para la parte a la que no le sea imputable la causa instar la resolución.

De la regulación vista se colige un régimen distinto según estemos ante unas u otras causas de extinción de los contratos. En el concreto campo que nos ocupa en la fase de declaración de concurso, la resolución de la concesión es potestativa, de suerte que es factible que durante la misma continúe la actividad empresarial con los efectos jurídicos derivados de la vigencia de la concesión, precisando el art. 270.1 que la resolución se ordene por el órgano competente; ciertamente 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 a la declaración de concurso sigue, se inicia, la fase de liquidación, la resolución es obligada, opera por imperativo legal; no queda a voluntad de la Administración declararla, sino que como recoge el auto de 3 de octubre de 2016, «imponiendo al órgano concedente la obligación de resolver dicho contrato sin posibilidad de optar entre exigir su cumplimiento o resolverlo», así es, la Administración queda obligada por mandato legal, sin que quepa obviar que 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 su declaración y que imperativamente se impone a la



www.civil-mercantil.com

Administración. Por tanto, cabe convenir que la apertura de la fase de liquidación produce siempre la resolución de la concesión, como se desprende categóricamente del art. 224.2, «dará(n) siempre lugar a la resolución del contrato», y 270.2, «originará(n) siempre la resolución del contrato».

Los arts. 271 y ss. regulan los efectos de la resolución de la concesión y el destino de las obras a la extinción de la concesión; correspondiendo a la Administración, dentro de las prerrogativas propias que le confiere la legislación especial, proveer lo necesario para el cumplimiento de las disposiciones prevenidas al efecto, dentro de lo que puede considerarse liquidación de la concesión, esto es, el rescate de la misma y la asunción, en su caso, de la explotación por parte de la Administración, la determinación de las indemnizaciones pertinentes y, art. 272, la entrega a la Administración concedente por el concesionario, en buen estado de conservación y uso, de las obras incluidas en la concesión, así como de los bienes e instalaciones necesarios para su explotación y de los bienes e instalaciones incluidos en la zona de explotación comercial, si la hubiera, de acuerdo con lo establecido en el contrato, todo lo cual quedará reflejado en el acta de recepción y, en su caso de preverlo los pliegos las obras, bienes e instalaciones, o algunos de ellos, que deban ser demolidos por el concesionario, reponiendo los bienes sobre los que se asientan al estado en que se encontraban antes de su construcción.

El auto de 3 de mayo de 2016, dictado en el ejercicio de las facultades propias del Juez del concurso, ya se ha dicho, además de declarar la apertura de la fase de liquidación, 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, sobre todo, en lo que ahora interesa, la disolución de la sociedad, 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. Todo ello representa la consecuencia obligada de la apertura de la fase de liquidación concursal; la disolución de la sociedad ordenada por el Juez concursal en cumplimiento estricto de lo dispuesto en el art. 145 de la L.Co., con el resto de medidas previstas, conlleva, como no puede ser de otra manera, la extinción de la sociedad, pero durante el proceso de liquidación la concesionaria subsiste jurídicamente y conserva su personalidad jurídica, lo que constituye, en general, un fenómeno jurídico complejo, en tanto que la propia existencia de la sociedad y la concesión obtenida le ha permitido desarrollar una rica trama de relaciones jurídicas tanto con la Administración concedente como con terceros, que no finaliza 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, sino que se requiere que a la declaración de disolución siga la liquidación de aquellas relaciones jurídicas, la liquidación de los vínculos que une a la concesionaria con la propia Administración concedente y la liquidación de las relaciones jurídicas con los terceros con los que ha entablado relaciones jurídicas civiles, mercantiles y laborales.

La apertura de la fase concursal conlleva, art. 145.3 de la L.Co., «Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución», la disolución de la sociedad, tal y como así lo declaró el Juez concursal en el legítimo ejercicio de sus facultades por así disponerlo la norma. Conectado el referido artículo con las previsiones contenidas en los arts. 224.2 y 270.2 antes referidos, resulta que la apertura de la fase de liquidación concursal y la obligada declaración de disolución de la sociedad, produce siempre la resolución del contrato, como se desprende categóricamente del art. 224.2, «dará(n) siempre lugar a la resolución del contrato», y 270.2, «originará(n) siempre la resolución del contrato», resolución que se produce por «voluntad de la ley», mediando la previa decisión judicial abriendo la fase de liquidación del concurso.



www.civil-mercantil.com

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.

Con la disolución, pues, se inicia un proceso de liquidación, dentro del cual cabe distinguir la liquidación de los contratos civiles, mercantiles y laborales, sobre los que decide en plenitud jurisdiccional el Juez del concurso, y la liquidación de la concesión, sobre la que decide en plenitud la Administración concedente en los términos en que legalmente se establece, que en lo que ahora nos interesa, conlleva la de preservar el interés público mediante el rescate de la concesión y asumir, en su caso, su explotación directa con recepción de las obras y determinación de las indemnizaciones procedentes, asegurando la continuidad ininterrumpida del servicio de interés público.

La correcta lectura del auto de 3 de mayo de 2016 acredita 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 dar noticia de que la concesión se ha resuelto por así disponerlo la ley, porque si alguna confusión pudiera crear cuando en el apartado Octavo del auto de 3 de mayo de 2016, sobre «Resolución del contrato de concesión por Ministerio de la Ley» -ya sólo la propia titulación del apartado resulta esclarecedora- se afirma que «Abierta la fase de liquidación resulta imperativa acordar en sede concursal la resolución de pleno derecho del contrato concesional...», se aclara y despeja con la lectura del citado apartado, del que se colige sin dificultad alguna que la resolución se ha producido ope legis, se habla de «mandato resolutorio», no la ha acordado el Juez concursal, sino que este se limita a trasladar en sede concursal los efectos y consecuencias derivados de la extinción de la concesión por ministerio legal, cosa distinta es que producida la disolución y extinción de la concesión, sea preciso a partir de dicho instante proceder a su liquidación.»

Sexto.

La controversia que aquí se suscita se constriñe a determinar si el requerimiento del Juez de lo Mercantil número 1 de Barcelona dictado en el seno del procedimiento de concurso de la sociedad mercantil «Construcciones A. Feu, SA», ha supuesto una inmisión en las prerrogativas del Ayuntamiento de Deltebre de conformidad con los postulados del TRLCAP.

El Juez de lo Mercantil delimita con precisión su requerimiento a las eventuales operaciones de compensación con la concursada. En efecto, el Juez concursal no refiere su requerimiento a la resolución de la concesión litigiosa, antes bien, reconociendo la potestad del Ayuntamiento para la liquidación de la concesión, constriñe su solicitud de inhibición a las aludidas operaciones de compensación en las que resultan implicados activos de la concursada, ante lo cual el Ayuntamiento de Deltebre considera que tales operaciones se insertan en las competencias que le incumben en la liquidación del contrato de concesión ex artículo 266 y ss TRLCAP.

No se discute, pues, la atribución a la Administración de la potestad para liquidar el contrato concesional, pues tal atribución resulta claramente de la legislación aplicable y se desprende de nuestra jurisprudencia antes expuesta, según la cual compete a la Administración los actos ordinarios de liquidación de la concesión y la adopción de las medidas necesarias para asegurar la continuidad del servicio público.

La disputa radica en las actuaciones de «compensación» llevadas a cabo por el Ayuntamiento de Deltebre, que a través de una vía –la liquidación de la concesión– u otra –la compensación ex art. 58 de la Ley Concursal– realiza una serie de operaciones económicas que implican el reconocimiento de activos de la concesionaria -en principio, la concursada



www.civil-mercantil.com

«Construcciones A. Feu, SA»– y su extinción por compensación con otros créditos que se consideran preexistentes.

Cabe recordar lo dispuesto en el art. 58 LC «declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella» añadiendo que, «en caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal», si bien la apostilla añadida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, al art. 58 LC, permite la compensación «cuando los requisitos de ésta hubieran existido con anterioridad a la declaración del concurso».

Pues bien, con arreglo a dicho precepto y a las expuestas pautas jurisprudenciales -y con independencia de la complejidad de la cuestión de fondo- llegamos a la conclusión que si bien la liquidación ordinaria de la concesión administrativa compete al Ayuntamiento de Deltebre dentro de las potestades que le incumben reconocidas en el TRLCAP, corresponde, no obstante, al Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona, la competencia para conocer las llamadas compensaciones u operaciones materiales equivalentes que implican y afectan a los activos de la concursada, aun cuando pudieran derivar de la resolución y liquidación de la concesión administrativa cuestionada.

De las actuaciones administrativas que dan lugar a la controversia se desprende una situación excepcional, consistente en el desdoblamiento entre la sociedad que era la titular de la concesión –«Construcciones A. Feu SA»– a la que se refiere la declaración del concurso, y aquella otra sociedad –«Trévol Deltebre SLU»– que, según razona el Ayuntamiento y deriva de la modificación del contrato concesional (después anulado), venía desarrollando las actuaciones propias de la concesión.

También sucede en este caso otra circunstancia relevante, cual es que se han dictado sendos pronunciamientos judiciales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y del Juzgado de lo contencioso administrativo de Tarragona en cuya virtud se han anulado las modificaciones concesionales tanto en lo que concierne al importe del canon concesional como también a la sucesión de la sociedad que gestionaba la concesión, siendo así que ambos pronunciamientos judiciales determinan importantes consecuencias en orden a la titularidad de la concesión como a sus aspectos económicos, hasta el punto de determinar un crédito a favor del Ayuntamiento derivado de la diferencia entre el inicial y ulterior importe del canon concesional.

Las expuestas vicisitudes que afectan a la concesión administrativa suscrita por el Ayuntamiento de Deltebre y la concesionaria, «Construcciones A. Feu, SA» y las posteriores incidencias y compensaciones económicas que de las mismas puedan resultar son cuestiones que exceden de la mera liquidación de la concesión como pretende el Ayuntamiento y de las medidas necesarias para garantizar la continuidad de la prestación del servicio. El Ayuntamiento procedió al reconocimiento de un crédito en favor de la entidad concesionaria, tras considerar el valor de la concesión, la amortización y los costes de las obras de reparación, precisamente a la sociedad «Trévol Deltebre SLU», que gestionaba la concesión, y no a la concursada y titular formal de la misma «Construcciones A. Feu S.A». El crédito reconocido ascendía a 1.099.981,41 Euros, cantidad a la que resta el importe correspondiente a los cánones debidos –entre noviembre de 2007 y marzo de 2014– como consecuencia del fallo del TSJ de Cataluña, por importe de 961.986,39 Euros, más los intereses de demora de 175.974, 02 Euros, que implica la extinción del crédito en favor de la concesionaria.

La relevancia de dichas operaciones y sus consecuencias en los activos de la concursada determina que una vez iniciada la liquidación del concurso, el Ayuntamiento de Deltebre no podía disponer al margen del concurso de un crédito reconocido en su contra



www.civil-mercantil.com

mediante una compensación con deudas de la concursada –o de la sociedad cesionaria– pues ello vulneraría el art. 58 de la Ley Concursal que prohíbe la compensación, como medio para extinguir obligaciones recíprocas, prohibición cuya salvaguarda recae en el juzgador del concurso (STJC de 25 de febrero de 2013).

La concurrencia de los requisitos necesarios para la compensación ex art. 58 Ley Concursal, al que alude el Ayuntamiento en su escrito de alegaciones, no puede ser en este caso apreciados unilateralmente por la propia Corporación, cuando tal concurrencia no es obvia ni pacífica, no sólo en lo que se refiere a la determinación de la sociedad concesionaria, sino también en lo relativo a la existencia del crédito a su favor que el Ayuntamiento de Deltebre «retrotrae» al momento de la modificación de la concesión. Así, sostiene la Corporación actora que los efectos del fallo del TSJ se retrotraen al 20 de noviembre del año 2007, momento en el que considera que nació el crédito, por ende, anterior a la declaración de concurso tanto de «Construcciones A. Feu SA», como de «Trévol Deltebre, SLU».

Dada la complejidad de estas operaciones de liquidación de la concesión, la anulación parcial de sus modificaciones, así como su trascendencia en relación a la sociedad concursada, «Construcciones A. Feu», concluimos que el Juez del concurso es el único competente para decidir dentro del procedimiento concursal sobre la procedencia de las operaciones de liquidación de la concesión y las compensaciones de crédito que afectan a la concursada «Construcciones A. Feu, SA» todo ello al margen de las actuaciones del citado Ayuntamiento en lo que atañe al incidente de ejecución de sentencia, materia ajena al presente conflicto.

Por consiguiente, la resolución de la concesión controvertida respecto a la titular de la concesión, «Construcciones A. Feu S.A» y las eventuales compensaciones que de la misma deriven en favor de la titular formal, deben ser analizadas por el Juzgado de lo Mercantil, a quien compete el conocimiento de todas las cuestiones prejudiciales administrativas «directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal» (art.9 LC).

En fin, la actuación del Ayuntamiento de Deltebre en relación a la extinción del crédito reconocido a «Construcciones A. Feu SA» (o a «Trévol Deltebre SLU») y las eventuales compensaciones no tiene amparo en lo dispuesto en la legislación administrativa a la que se remite la propia Ley Concursal respecto de los contratos administrativos, que no le habilita para realizar las operaciones de compensación de créditos o equivalentes respecto a la sociedad concursada, cuya valoración y destino ha de ser decidido por el Juzgado de lo Mercantil en el ámbito de la competencia que le es propia.

No corresponde, por tanto, a este Tribunal, por exceder del ámbito indicado, examinar la cuestión de fondo sobre la que versa el litigio, que ha de ser resuelta en el seno del procedimiento en que se dicte.

Séptimo.

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.

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,

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY,

por la autoridad conferida por la Constitución Española,

En consecuencia,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos que corresponde al Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona la jurisdicción para seguir conociendo de la fase de liquidación del Procedimiento de Concurso n.º 809/2010, en relación a las operaciones de liquidación y compensación de los créditos correspondientes a la concursada «Construcciones A. Feu SA», sin perjuicio y salvando, en todo caso, a favor de la Administración, las potestades administrativas sobre la liquidación de la concesión, su rescate y la asunción, en su caso, de su explotación, con arreglo al TRLCSP; siendo procedente la inhibición del Ayuntamiento de Deltebre en lo que se refiere a cualquier tipo de compensación en el que estén o pudieran estar afectados activos de la concursada.

Publíquese en el Boletín Oficial del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Lesmes Serrano. María del Pilar Teso Gamella. María Isabel Perelló Doménech. José Luis Manzanares Samaniego. María Teresa Fernández de la Vega Sanz. Enrique Alonso García.