

# Liquidación concursal y sector público; en particular, la liquidación de las sociedades concesionarias de autopistas\*

Isabel Fernández Torres

Profesora Titular de Derecho Mercantil  
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional  
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS EFECTOS DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN: 1. *Los efectos sobre la persona jurídica.* 2. *Los efectos sobre los créditos y para los acreedores concursales.* 3. *Los efectos sobre los contratos:* A) El problema de la resolución automática de los contratos celebrados con la Administración en el TRLCSP: órgano competente. B) La resolución en la nueva Ley de Contratos del Sector público. C) Efectos de la resolución del contrato.—III. LAS REGLAS LEGALES DE LIQUIDACIÓN Y EL PLAN DE LIQUIDACIÓN: 1. *Algunas consideraciones generales.* 2. *Especialidades en la transmisión de unidades productivas.* 3. *La sucesión de empresa en el marco del plan de liquidación.*

## I. Introducción

La Ley concursal no es ni puede ser ajena a la presencia de la Administración Pública en el Concurso. Sin embargo, los problemas que se derivan de las particulares relaciones e intereses que entran en juego cuando se presenta el elemento público no son tratados con la amplitud y cuidado que sería deseable y la regulación se revela inadecuada e insuficiente. Por ello, en anteriores ocasiones he tenido la oportunidad de reflexionar y señalar la necesidad de introducir en la Ley Concursal un título en el que se aborde de forma global la problemática que se plantea ante la presencia de la Administración pública en el proceso concursal que permita conciliar dos normativas que responden a unos intereses —en realidad— contrapuestos. Una regulación que debería abordar desde la propia configuración del presupuesto objetivo pues tal y como ya señalé el actual artículo 1.3 LC y la definición de entes excluidos del procedimiento concursal no se corresponde con ninguna de las clasificaciones contempladas en la normativa pública hasta la fase de liquidación.

La falta de interés que ha suscitado esta materia en el legislador se compadece mal con la práctica que refleja no sólo la importancia de esa presencia sino también la diversidad de posiciones que la Administración puede asumir en el proceso: como acreedora, como deudora o que simplemente tenga que intervenir por que

---

\* Proyecto «Unión Europea en el contexto de los tratados de nueva generación: entre la reforma institucional y la protección social» (DER2016-76986-P).

exista un interés público que proteger. Una importancia que, además, se ha visto sustancialmente incrementada en esta etapa de crisis económica que ha llevado a muchos sujetos que contratan con la Administración o a sociedades que prestan un servicio público a ser declaradas en concurso.

En todos estos supuestos late una tensión no siempre fácil de resolver entre satisfacer el interés general que subyace en esos casos con el de los propios acreedores. Y todo ello debe hacerse teniendo en cuenta uno de los principios configuradores de la regulación concursal como es el mantenimiento de la empresa en funcionamiento como mecanismo para satisfacer los intereses de los acreedores pero también —ante la presencia de una Administración Pública— como medio para ejecutar satisfactoriamente el contrato o atender los fines de interés general o de servicio público presentes.

Es cierto que la Ley Concursal no regula ni puede entrar a regular muchas cuestiones propias del Derecho Administrativo pero la normativa actualmente vigente se caracteriza, en líneas generales, por su incompletud así como por la falta de coordinación entre los dos ámbitos normativos. Desde el punto de vista de los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, se constatan numerosas descoordinaciones entre la normativa pública y la normativa privada necesitadas de una interpretación correctora no exenta de dificultades como consecuencia de las lagunas existentes y de las sucesivas reformas concursales de carácter parcial que se han producido en los últimos años. Del mantenimiento de los contratos o no una vez declarado el concurso depende la continuidad o no de los empresarios en el mercado pero también la satisfacción o no de los intereses generales. Especialmente complejo resulta en este sentido el concurso de las sociedades concesionarias de obras o de servicios públicos por dos motivos: en primer lugar, por las razones que han llevado a esas sociedades a una situación de insolvencia pero, además, por las técnicas de financiación —viejas y nuevas— a las que recurren y sus eventuales privilegios.

No voy a volver ahora sobre todas estas cuestiones. Mi preocupación es hoy otra y, sin duda, menos ambiciosa. En los últimos tiempos las sociedades concesionarias de obra pública están siendo objeto de nuevo de cierta atención.

Más aún, la publicación el pasado mes de agosto del Convenio de gestión de las autopistas rescatadas (publicado en el BOE el 25/08/17) pone de manifiesto la actualidad de la cuestión. Detrás de los últimos Autos dictados en relación con los procedimientos concursales de las sociedades concesionarias se vislumbra, una vez más, la ausencia de coordinación entre la normativa pública y la privada pero también la existencia de lagunas legales que aconsejan un análisis de los efectos que produce la apertura de la fase de liquidación cuando interviene el elemento público. Pero además, aún cuando la nueva Ley de Contratos del Sector público (Ley 9/2017 de 8 de noviembre de contratos del sector público, en adelante, LCSP) responda —en parte— a la necesidad de transponer las Directivas europeas e incorporar algunas exigencias de carácter internacional, algunas soluciones contem-

pladas en dicha normativa se explican o se comprenden mejor cuando se conectan con algunos de los casos cuyas decisiones judiciales están hoy pendientes. Con este estudio pretendo, pues, completar la investigación que desarrollé en el pasado analizando la problemática que se plantea en esta fase del procedimiento que tiene lugar cuando ya no es posible una solución convenida y que está dirigida a la realización de los bienes del deudor para satisfacer con lo obtenido a los acreedores. Desde los efectos que se derivan de la propia apertura de la liquidación y, en particular, las competencias del órgano de administración concursal y los conflictos jurisdiccionales que se han planteado a los problemas relativos a la transmisión de contratos o su resolución, el pago de los créditos, el plan de liquidación o la transmisión de unidades productivas. Todas estas cuestiones serán analizadas no con carácter general sino centrando la atención en las particularidades que se derivan de la presencia del elemento público, en concreto, en la liquidación de las sociedades concesionarias de autopistas. Todo ello será analizado, además, a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público 9/2017 de 8 de noviembre.

## II. Los efectos de la apertura de la fase de liquidación

### 1. *Los efectos sobre la persona jurídica*

La apertura de la liquidación en el caso de una persona jurídica determina inexorablemente la suspensión en el ejercicio de las facultades de administración y de disposición del patrimonio concursal en los términos que establece el artículo 48 LC. A dicha suspensión se anudan otros efectos específicos como son la disolución automática de la persona jurídica, la necesaria sustitución de los administradores o liquidadores por la administración concursal y la realización de la liquidación conforme a las previsiones de la Ley Concursal.

La Ley Concursal establece con carácter imperativo el cese del órgano de administración y representación de la sociedad y su sustitución por la administración concursal (art. 145.3 LC). Ello se puede comprender fácilmente simplemente teniendo en cuenta que el concurso de acreedores es un procedimiento de ejecución que se orienta a la realización de los bienes y derechos que se integran en la masa activa cuyo producto habrá de ser repartido entre los acreedores. Si esto es así, parece lógico que la función de administrar y disponer del patrimonio se atribuya en exclusiva a los administradores concursales. Se trata de un efecto que, por otro lado, no admite solución en contrario por cuanto que se establece en el texto legal como efecto necesario de la liquidación<sup>1</sup>. Ahora bien, lo dispuesto en el precepto debe

---

<sup>1</sup> La suspensión de las facultades de administración y disposición suscitó numerosas dudas en el pasado pues la redacción originaria del texto legal aludía al cese en términos absolutos sin establecer excepción alguna. La interpretación literal del precepto llevaba a entender que la persona jurídica quedaba sin representación con los consiguientes problemas de indefensión. Sin embargo, una interpretación más amplia y laxa permitía entender que la suspensión quedaba restringida a los efectos de la realización de la liquidación tal y como, por otro lado, podía inferirse del conjunto del texto.

interpretarse en coherencia con la propia normativa societaria de tal modo que si la apertura de la liquidación implica la disolución societaria será necesario designar unos liquidadores que, además de las funciones de representación asuman aquellas que queden fuera del procedimiento concursal y, por tanto, fuera de la sustitución. Es decir, actuaciones de naturaleza societaria así como aquellas que estén relacionadas con la actividad empresarial pero que, a su vez, estén fuera del ámbito de actuación propio de la administración concursal. Esto es algo que parece haberse obviado en algunos de los Autos que han declarado la apertura de la fase de liquidación de las sociedades concesionarias de autopistas<sup>2</sup>. Y es que no debe olvidarse que la liquidación concursal no implica la desaparición inmediata del ente societario.

Tanto la resolución de apertura de la liquidación como la disolución de la sociedad debe ser libre sin que puedan estar sometidas a trabas administrativas porque si éstas existiesen, ello significaría que estaríamos no ante una sociedad mercantil sino ante una Entidad de Derecho público, que —en virtud de lo dispuesto en el art. 1.3 LC— no puede ser declarada en concurso y cuya disolución habría de ser autorizada por el Consejo de Ministros.

## 2. *Los efectos sobre los créditos y para los acreedores concursales*

La regla general a fin de facilitar la realización de las operaciones liquidatorias y de pago es la conversión en dinero de los créditos no dinerarios (hasta entonces sólo computados en metálico) y el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados (art. 146 LC). Dichas normas resultan coherentes no sólo con la finalidad propia del concurso sino con el deber de trato igual de los acreedores de la misma clase (arts. 156, 157 y 158 LC). Así pues, el pago de los créditos —públicos y privados— deberá realizarse durante la fase de liquidación en los términos y conforme a la clasificación que establecen los artículos 154 y sigs. LC. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84 LC, quedan fuera de la calificación de créditos concursales los que se consideren créditos contra la masa lo que significa que los administradores deberán deducir de la masa activa los bienes y derechos necesarios para poder satisfacer los créditos contra ésta (art. 154.1 LC)<sup>3</sup>.

---

Sea como fuere, la reforma operada por la Ley 38/2011 vino a esclarecer esta cuestión al precisar el último inciso del artículo 145.3 LC, que la suspensión no implica que el deudor concursado no conserve *ad intra* su capacidad procesal [MUÑOZ PAREDES, A. (2015), «La liquidación», en *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, p. 836; MARTÍNEZ FLOREZ, A. (2012), «Efectos de la apertura de la liquidación», en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo I, A-E, Thomson-Aranzadi, pp. 1210-1211]. Se trata de una precisión a todas luces coherente con lo dispuesto en el propio artículo 48.3 LC en virtud del cual «los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso».

<sup>2</sup> Así, Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid de 3 de mayo de 2016 dictado en el procedimiento 701/2012 (que afecta a las Radiales R-3 y R-5) así como en el Auto de la misma fecha y del mismo juzgado dictado en el procedimiento 131/2015 (que afecta a la autopista de peaje de circunvalación de Alicante).

<sup>3</sup> En relación con los créditos contra la masa, *vid.* BELTRÁN, E. (2012), «Créditos contra la masa», en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo I, A-E, Thomson-Aranzadi, pp. 877 y ss.

En relación con los créditos contra la masa de carácter público se suscitan algunas dudas interpretativas que conviene clarificar.

Tendrán naturaleza de créditos públicos contra la masa los tributarios<sup>4</sup> y los demás de naturaleza pública<sup>5</sup> nacidos tras la declaración de concurso y hasta su terminación (art. 84.2.10 LC). En este caso, habrá de tenerse en cuenta la fecha del devengo del crédito como fecha que determina su nacimiento. La calificación de un crédito contra la masa no significa que las Administraciones Públicas puedan ejecutar su crédito directamente fuera del concurso sino que cualquier acción habrá de ejercitarse ante el Juez del concurso por la vía del incidente concursal tal y como dispone el artículo 84.4 LC<sup>6</sup>:

*«Las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos».*

El referido precepto ha planteado alguna duda interpretativa. En efecto, éste parece sugerir que una vez abierta la fase de liquidación pueden iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para el cobro de créditos contra la masa lo que contravendría la filosofía y principios que subyacen al procedimiento concursal como el de la *par conditio*, la unidad y universalidad del mismo tal y como señala el Tribunal Supremo (sala 1.<sup>a</sup>) en su Sentencia de 12 de diciembre de 2014<sup>7</sup>. En dicha Sentencia, el Tribunal Supremo realizó una interpretación correctora del artículo 84.4 LC en virtud de la cual,

*«una vez abierta la fase de liquidación, y con ella el efecto de la prohibición y paralización de ejecuciones del artículo 55 LC, no tiene sentido iniciar una ejecución separada contra la masa, pues contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal, cuyas únicas excepciones lógicas vienen determinadas por las ejecuciones de garantías reales, que, por otra parte, si no se iniciaron antes de la apertura de la fase de liquidación*

---

<sup>4</sup> Son créditos públicos los que se deriven de una obligación tributaria (obligación de carácter legal y contributiva) ya sea de la agencia Estatal de la administración tributaria como de cualquier otro ente con potestad tributaria [GARRIDO, J. M. (2006), «Comentario al artículo 91 LC», en *Comentario de la Ley concursal*, coord. ROJO/BELTRÁN, vol. I, Civitas, Madrid, p. 1648].

<sup>5</sup> Parece razonable entender que deben considerarse comprendidos tanto los créditos que se derivan de las obligaciones nacidas *ex lege* como aquellos surgidos en virtud de actos administrativos sujetos al derecho público [VÁZQUEZ LÉPINETTE, T. (2006), *Administraciones públicas y Derecho concursal*, La Ley Actualidad, p. 146; CAZORLA PRIETO, L. M. (2004), *Derecho financiero y tributario*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004, p. 101]. En concreto, la expresión abarcaría tanto los créditos derivados de la resolución de un contrato con las administraciones públicas como consecuencia de la declaración de concurso (y apertura de la fase de liquidación) del contratista [FERNÁNDEZ TORRES, I. (2015), *El concurso de las entidades del sector público y sus contratistas*, Civitas, pp. 141-142].

<sup>6</sup> Antes artículo 154.2 LC.

<sup>7</sup> El planteamiento sostenido por el Tribunal Supremo es valorado de forma crítica por YANES YANES, P. (2015), *La «banalización» del crédito público prededucible. Una lectura crítica de la STS, sala 1.<sup>a</sup>, de 12 de diciembre de 2014*, RCP, 23, p. 5/11.

*ya no podrá hacerse al margen de la liquidación concursal. Los acreedores de créditos contra la masa lo que deberán hacer es instar su pago dentro de la liquidación, de acuerdo con las reglas del artículo 154 LC, y sin necesidad de instar otra ejecución dentro de la ejecución universal ni acudir al apremio administrativo, en el caso de la TGSS».*

Este planteamiento que, por otro lado, parece mantenerse en la STS de 18 de febrero de 2015<sup>8</sup> resulta cuando menos discutible y ello por cuanto que del precepto se desprende claramente que a partir de la liquidación queda abierta la posibilidad de ejercitar una ejecución individual por alzarse la paralización que genera la apertura del procedimiento concursal. El tenor literal del precepto no permite admitir interpretaciones en otro sentido. Es cierto que la posibilidad de ejecutar acciones o ejecuciones individuales contradice el principio de unidad y el carácter universal propio del procedimiento concursal pero no es menos cierto que a lo largo del articulado encontramos otros muchos privilegios de la Administración —algunos de ellos de difícil justificación<sup>9</sup>— que no plantean duda interpretativa alguna y respecto de los cuales no cabe hacer ni se ha hecho interpretación correctora alguna. Aún cuando la existencia de tales privilegios sea criticable y más en un contexto de crisis como el que aún hoy atravesamos, una interpretación del precepto coherente con el conjunto del articulado no parece admitir otras opciones. Es decir, más allá de la literalidad del precepto, las normas han de interpretarse en su contexto y, por ello, no puede prescindirse de lo dispuesto en los artículos 55, 56 y 57 LC. En concreto, el artículo 55.1 LC<sup>10</sup> prevé la prohibición de ejecuciones y apremios del deudor tras la declaración en concurso pues de otro modo se vulneraría el principio de la *par conditio creditorum* con la única excepción prevista en el inciso segundo del apartado 1 del artículo 55 LC:

*«...podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».*

Por tanto, a la Administración se le concede un privilegio con respecto a cualesquiera otros acreedores en virtud del cual ésta puede continuar —declarado el concurso— las ejecuciones ya iniciadas salvo que los bienes afectados fueran necesarios para la continuidad de la actividad empresarial.

Pero es que, además, el privilegio al que nos estamos refiriendo ahora se restringe al ámbito de los créditos contra la masa a los que con carácter exclusivo

<sup>8</sup> Las dos sentencias se recogen parcialmente en: ORELLANA CANO, N. A. (2015), «La liquidación y las administraciones públicas. La sucesión de empresa», en *Las Administraciones Públicas en el Concurso*, Aranzadi, pp. 397 y ss.

<sup>9</sup> GARCÍA GÓMEZ, A. J. (2012), «Privilegios del crédito público», en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo II, BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES (dirs.), Thomson-Aranzadi, Madrid, pp. 2367-2368.

<sup>10</sup> VÁZQUEZ LÉPINETTE, T. (2006), pp. 94 y ss.

parece aludir el artículo 84.4 LC<sup>11</sup>. Respecto de éstos y ante la imposibilidad de alcanzar una solución convenida, el legislador hace prevalecer el interés del acreedor público sobre el interés del concurso que cede con la apertura de la liquidación permitiendo las ejecuciones separadas de créditos contra la masa y, en concreto, de los créditos prededucibles públicos<sup>12</sup>. En definitiva, se entiende que hay un interés superior merecedor de protección, el interés público, y éste justifica que se inicien las ejecuciones separadas oportunas.

Con respecto al pago de los créditos contra la masa, la regla general es la de pago a su vencimiento (art. 84.3 LC) sin tener que esperar al desarrollo del procedimiento; sin embargo, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, se permite a la Administración concursal modificar o alterar dicho orden en interés del concurso siempre y cuando considere que la masa activa es suficiente para satisfacer todos los créditos contra la masa. El único límite que se establece, a modo de excepción o privilegio, es que una eventual postergación no podrá afectar:

*«...a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social».*

En el supuesto de que la masa activa fuera insuficiente para atender el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme a lo dispuesto en el artículo 176 bis LC<sup>13</sup>. En relación con los créditos públicos, las SSTs de 9 y de 11 de junio de 2015 disponen que el pago debe ajustarse a lo establecido en el artículo 176 bis.2 LC, con independencia de cuál sea la fecha de vencimiento y, dentro de cada categoría, deberán pagarse a prorrata según establece el propio precepto. En principio,

---

<sup>11</sup> No parece hacer distinción alguna la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2014 en cuyo Fundamento de Derecho 8.º señala que: *«La prohibición de ejecuciones prevista en el artículo 55 LC opera tanto sobre créditos concursales, como sobre los créditos contra la masa, y cesa con la aprobación del convenio, conforme a lo regulado en el artículo 133.2 LC».*

<sup>12</sup> YANES YANES, P. sugiere que esta interpretación que él defiende debe ser objeto de alguna pequeña corrección. En primer lugar, el concurso habrá de concluir en los supuestos en que deducidos los créditos contra la masa, el activo restante sea insuficiente para pagar cantidad alguna a los acreedores reconocidos pues se entiende que, llegados a ese punto, el concurso no puede cumplir con la finalidad que le es propia. Se propone así una interpretación integradora de los artículos 176 y 176 bis LC en virtud de la cual las reglas de la liquidación deberán adaptarse a ese escenario. En segundo lugar, en su opinión, la ejecución separada podría impedirse en los casos en que la administración concursal alterara la regla del vencimiento de pago de los créditos contra la masa (art. 84.3 LC) al entender que las ejecuciones separadas podrían contravenir la prelación. Por último, la ejecución separada debe quedar bajo el control del juez del concurso [YANES YANES, P. (2015), pp. 8-9/11].

<sup>13</sup> Artículo 176 bis. 2 *«...1. Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.*

2. *Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.*

3. *Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.*

4. *Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso. 5.º Los demás créditos contra la masa».*

los créditos públicos deberían entenderse incluidos en el apartado 5.º del artículo 176 bis.2 LC, es decir, en «los demás créditos contra la masa».

### 3. *Los efectos sobre los contratos*

La taxatividad del artículo 67.1 LC cuando afirma que los efectos sobre los contratos de carácter administrativo se rigen por lo establecido en su legislación especial resulta coherente con el principio general establecido en el artículo 25.2 LCSP en cuya virtud los contratos administrativos se registrarán —en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción— por lo dispuesto en la ley de contratos y sus normas de desarrollo y, supletoriamente, por las restantes normas administrativas y, en su defecto, por las normas de derecho privado.

Entre las previsiones de la LCSP y en relación con la extinción de los contratos hay una regla general —contenida en el art. 211.1 b) LCSP— conforme a la cual es causa de resolución del contrato: la declaración del concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento (debiendo entenderse que lo que se requiere es una declaración formal de la referida situación)<sup>14</sup>.

La doctrina administrativista señala que la razón última por la que los contratos administrativos son objeto de resolución una vez el contratista ha sido declarado en concurso se basa en el carácter personalísimo de dichos contratos<sup>15</sup>, doctrina que también ha seguido el Tribunal Supremo<sup>16</sup> lo que se comprende si se piensa en la finalidad de servicio público que casi siempre encierran (art. 103 CE), cuya prestación exige muchas veces que concurren cualidades especiales en el contratista.

#### A) *El problema de la resolución automática de los contratos celebrados con la Administración en el TRLCSP: órgano competente*

La resolución —tanto de los contratos en general como del contrato de concesión de obra pública en particular— operaba bajo la vigencia del TRLCSP (arts. 269.b) y 270.2 TRLCSP) *ope legis* en el supuesto de apertura de la fase li-

---

<sup>14</sup> En nuestro ordenamiento, el hecho de encontrarse el contratista en un proceso concursal, ha sido contemplado —tradicionalmente— como causa de resolución del vínculo contractual. Así, la ley de contratos del Estado de 1965 reconocía en los artículos 52.6 (contrato de obras) y en el artículo 75.5 (contrato de gestión de servicios públicos), la «quiebra o suspensión de pagos» del contratista como causa de resolución de los contratos administrativos. No obstante, ha de advertirse que la referencia a la suspensión de pagos como causa de resolución de los contratos sólo se introdujo a través de la ley 5/1973, de 17 de marzo, siguiendo una nutrida doctrina del Consejo de Estado.

<sup>15</sup> VILLAR PALASÍ, J. L., *Lecciones sobre contratación administrativa*, Madrid, 1969, p. 134; CARLÓN RUIZ, M., «Comentario al artículo 67 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, p. 1246.

<sup>16</sup> El Tribunal Supremo en la Sentencia de 8 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4916) señala que «el contrato administrativo constituye una obligación personalísima y resulta decisiva la capacidad jurídica y técnica del adjudicatario». asimismo, dictámenes del consejo de Estado n.º 1.128, de 14 de octubre de 1993; n.º 1.071, de 30 de julio de 1993.



quidación tal y como señalaba el artículo 224.5 TRLCSP. Se trataba de una causa de resolución sobre la cual la Administración no tenía facultad o margen de apreciación alguno pues operaba de pleno derecho. Dicha norma vinculaba tanto al órgano concedente como a los Juzgados y Tribunales. En consonancia con ello, los Autos del Juzgado de lo Mercantil de Madrid n.º 6 de 3 de mayo de 2016 declararon con acierto la resolución de los contratos de concesión algo que, sin embargo, fue cuestionado por el Ministerio de Fomento en sendos escritos de 9 de mayo de 2016. Éste, disconforme con las decisiones judiciales, solicitó al Juzgado la suspensión de los pronunciamientos contenidos en dichos Autos así como la inhibición en su jurisdicción de los pronunciamientos que, en ejercicio de las prerrogativas administrativas aplicables al contrato de concesión, entendían correspondían a la Administración del Estado<sup>17</sup>.

Subyace en los Autos de referencia un conflicto competencial que se explica, sin duda, por el interés del Ministerio de Fomento de retrasar lo más posible el proceso de liquidación, incluso de evitarlo, aspecto sobre el que volveremos más adelante. A este respecto resultan de interés las dos Sentencias del Tribunal de Conflictos en las que se analiza esta problemática. Por un lado, la Sentencia 3/2016 del TCJ, de 5 de diciembre de 2016, que resuelve el conflicto de jurisdicción suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid y el Ministerio de Fomento, en el marco del procedimiento 701/2012; por otro, la Sentencia 5/2016 de 15 de diciembre de 2016 dictado en el marco del procedimiento 131/2015 suscitado igualmente entre el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid y el Ministerio de Fomento. En ambos casos, el Tribunal de Conflictos se inclina por mantener la postura defendida por el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid y, en consecuencia, entiende que la competencia para la resolución de los contratos corresponde al Juez de lo Mercantil<sup>18</sup>.

Aún cuando el conflicto competencial queda claramente resuelto en dichas decisiones, puede ser de interés ahondar en las razones que pueden explicar —más allá de algunas cuestiones de carácter meramente formal— la decisión adoptada. Esta reflexión permitirá, sin duda alguna, resolver algunas de las dificultades interpretativas que el texto actual ha adoptado.

En primer lugar, a pesar del silencio del artículo 8 LC en este punto, una lectura atenta de los artículos 61, 62, 64 y 65 LC lleva inevitablemente a entender que es el Juez del concurso quien, con carácter general, debe decidir acerca de la resolución tanto en supuestos de incumplimiento del contrato como de interés del concurso. En cuanto órgano competente para conocer del concurso y determinar de forma exclusiva y excluyente si concurren las causas para su resolución, es quien debe decidir y declarar la resolución del contrato. Se trata de una competencia objetiva en virtud de la cual el legislador le reserva un ámbito compe-

---

<sup>17</sup> Autos de 30 de septiembre de 2016 y de 3 de octubre de 2016 del Juzgado de lo Mercantil de Madrid n.º 6 en los procedimientos 131/15 y 701/12.

<sup>18</sup> Ambas sentencias se publicaron en el BOE de 12 de enero de 2017.

tencial propio (exclusividad) blindado al conocimiento de cualquier otro órgano jurisdiccional<sup>19</sup> o de cualquier otra índole. Más aún, en el caso de autos, se trata de un contrato administrativo cuya resolución se produce por la mera concurrencia de un hecho que para el legislador resulta merecedor de la máxima sanción: su resolución. La concurrencia de esa circunstancia es lo que viene a confirmar el juez del concurso y, en este punto, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción da la razón al Juzgado y desestima el conflicto de jurisdicción apoyándose en un argumento formal: la Administración tiene reconocida una potestad en caso de nulidad del contrato (arts. 35 TRLCSP) pero no en caso de resolución.

Es cierto que el artículo 67 LC remite a la legislación específica los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos administrativos pero dicha previsión se limita a esos efectos y no entra en los que se derivan de la apertura de la fase de liquidación, que necesariamente han de ser otros distintos. En efecto, mientras que la declaración de concurso no implica que el deudor concursado vaya a desaparecer, la apertura de la liquidación significa la muerte mercantil del deudor concursado a lo que se une una expresa previsión legal para la resolución liquidativa.

Por otro lado, es preciso advertir que por sí misma la liquidación no interrumpe la continuación de la actividad empresarial o profesional tal y como señala expresamente el artículo 44 LC pero el juez del concurso puede acordar el cierre del establecimiento o de la explotación de la actividad empresarial en interés del concurso a pesar de la preferencia legal hacia la enajenación unitaria de las empresas del concursado (arts. 148 y 149 LC). El interés del concurso ha de conciliarse adecuadamente con la presencia de un interés público que puede justificar la continuación —limitada en el tiempo— de la actividad empresarial o de la prestación del servicio público<sup>20</sup>. Es decir, la apertura de la liquidación no puede llevar a la resolución automática porque el servicio ha de continuar prestándose y la Administración debe tener tiempo para tomar las decisiones y realizar las actuaciones necesarias que le permitan ya sea prestar ella misma el servicio o que sea un tercero quien lo asuma (es decir, «debe haber una resolución ordenada de las relaciones contractuales mercantiles y sociales y obligaciones a cargo de la concursada y la necesaria coordinación para el traslado de la explotación a la Administración del Estado»)<sup>21</sup>. Y es que los servicios públicos o de interés general deben quedar sometidos a los principios de servicio universal, continuidad, calidad del servicio, eficacia, igualdad de oportunidades de acceso, asequibilidad y protección de los usuarios y consumidores. El principio de continuidad a que está sometido

<sup>19</sup> ASENCIO MELLADO, J. M. (2012), «Juez del concurso», en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo II, BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES (dirs.), Thomson-Aranzadi, Madrid, pp. 2367-2368.

<sup>20</sup> Por ello, en los Autos de 3 de mayo de 2016 dictados en los procedimientos 131/15 y 701/12 el Juez concede un plazo prudencial de 5 meses para que la Administración asuma la gestión, conservación y explotación de las infraestructuras.

<sup>21</sup> Todo ello justifica que se concediera un plazo de casi cinco meses para la puesta a disposición del órgano concedente de los bienes, derechos e infraestructuras.

el servicio de interés general implica que el funcionamiento de éste debe ser regular y continuo<sup>22</sup>. Es por tanto obligación del Juez del concurso tomar las decisiones y las medidas necesarias para impedir que el activo concursal se deteriore más todavía. Y ello no supone en modo alguno una injerencia en las facultades y competencias de los órganos administrativos. Por el contrario, si se admitiera que las prerrogativas administrativas despliegan sus efectos en el concurso más allá de lo que ya establece la normativa concursal o la especial que resulte directamente de aplicación, estaríamos no sólo invadiendo las competencias del Juez del concurso vaciándolas de contenido sino dejando en manos del órgano administrativo tutelador de la concesión la decisión sobre competencias propiamente concursales (dirección del devengo de créditos laborables, fiscales y mercantiles, por ejemplo). El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en las decisiones a las que nos hemos referido señala 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».

Todo ello ha de llevar necesariamente a entender que el procedimiento administrativo y, en concreto, la resolución del contrato previa declaración por el órgano de administración mediante acto expreso debe ceder aquí frente a la competencia del juez concursal. La decisión del Juez del concurso no es sino un pronunciamiento meramente declarativo que no impide que sean los órganos administrativos y contencioso-administrativos quienes fijen o cuantifiquen la Responsabilidad Patrimonial de la Administración que surge con la resolución del contrato a modo de compensación para mantener el equilibrio económico del contrato cuando la duración pactada no se cumple<sup>23</sup>. Es decir, el Juez en ninguno de los supuestos analizados procede a liquidar el contrato concesional, lo que excedería el ámbito de sus competencias sino que se limita a su resolución. Corresponde a la Administración tras la liquidación «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 la entrega del bien a la Administración».

Esta solución es la que, por otro lado, resulta coherente con esos principios de unidad legal y de disciplina que inspiran la normativa concursal<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Vid. AGUDO GONZÁLEZ, J. (2011), «El tiempo de las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi versus* libre concurrencia», en *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 26/2011; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2013), «Servicio económico de interés general *versus* servicio público», en *Agua, Legislación y Justicia. Regulación comunitaria y jurisprudencia en el derecho de agua*, Fundación Agbar, Derecho de Aguas 2, Madrid, 2013, pp. 17 a 39.

<sup>23</sup> Así lo señalan tanto el Auto de 30 de septiembre de 2016 como el de 3 de octubre del mismo año del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid en los procedimientos 701/12 y 131/15 respectivamente.

<sup>24</sup> Defiende con diversos argumentos el otorgamiento de mayores poderes al Juez de lo mercantil en relación con los contratos administrativos del concursado, DEL GUAYO, I. (2011), *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley Actualidad, Madrid, 2011, pp. 165 y ss.

B) *La resolución en la nueva Ley de Contratos del Sector público*

Ahora bien, no parece que a futuro la problemática vaya a plantearse en los mismos términos. La nueva Ley de Contratos del Sector público opta —en relación con la resolución de los contratos tras la declaración de concurso— por una solución radicalmente diferente. A tenor de lo dispuesto en el nuevo artículo 212.5 LCSP (al que se remite el art. 279 LCSP sobre resolución de los contratos de concesión de obra pública), la declaración de concurso se convierte en causa de resolución *potestativa* siempre y en todo caso. Ha desaparecido así del texto final una referencia que sí contenía el proyecto de ley que señalaba «[e]n caso de concurso aun cuando ya se hubiere producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente continuará el contrato si razones de interés público así lo aconsejaran». Por el contrario, la mención se mantiene en relación con las uniones temporales de empresas, lo que puede suscitar dudas interpretativas<sup>25</sup> algo que parece responder a un olvido del legislador. En todo caso, los términos del precepto parecen claros y nos han de llevar a considerar que en caso de apertura de la liquidación la decisión de continuar o no la relación contractual estará en manos de la Administración.

En anteriores ocasiones, he señalado la conveniencia de limitar el grado de discrecionalidad de la Administración a la hora de decidir acerca de la continuidad o no del contrato porque esa decisión puede condicionar, alterar o afectar de manera directa el resultado del procedimiento concursal y no siempre y en todo caso la resolución es la mejor solución para los intereses públicos o para los propios acreedores<sup>26</sup>. De la misma manera, he criticado automatismos como el que hasta la aprobación de la nueva Ley llevaban a la resolución automática del contrato. Es cierto que en fase de liquidación ya no se trata de favorecer la continuidad de la empresa pues, tal y como ya hemos señalado, la liquidación responde a otra finalidad. Sin embargo, la solución durante esta fase del procedimiento pasa —en la medida de lo posible— por la enajenación en bloque de las unidades patrimoniales con vistas a facilitar —en la medida que ello sea factible— que la actividad empresarial o profesional pase a otro empresario que pueda rentabilizar dicha actividad. Sólo en el caso de que no sea posible la enajenación en bloque de unidades patrimoniales, dispone la Ley que habrá de procederse a la enajenación individual de los activos o de los bienes del concursado.

---

<sup>25</sup> La solución no parece coherente con lo dispuesto en el artículo 69.9 c) LCSP en cuya virtud:

«c) Cuando alguna o algunas de las empresas integrantes de la unión temporal fuesen declaradas en concurso de acreedores y aun cuando se hubiera abierto la fase de liquidación, continuará la ejecución del contrato con la empresa o empresas restantes siempre que éstas cumplan los requisitos de solvencia o clasificación exigidos».

<sup>26</sup> Con anterioridad ya había tenido ocasión de pronunciarme en contra del automatismo con que operaba la apertura de la liquidación: FERNÁNDEZ TORRES, I. (2015), pp. 110-119 y en (2009), *Algunas consideraciones en torno a los efectos del concurso sobre los contratos del sector público: una perspectiva ius privatista*, REDA 143 julio-septiembre 2009, pp. 514-518.

En todo caso, la decisión de mantener o no el contrato dependerá por un lado, de la presencia o no de un interés público<sup>27</sup> que lo aconseje así como de la prestación por parte del contratista de garantías suficientes para su ejecución lo que sucederá siempre que (art. 212.5 LCSP):

—se preste una garantía complementaria de al menos el 5% del precio del contrato<sup>28</sup>;

—se deposite una cantidad en concepto de fianza que quedará constituida como cláusula penal<sup>29</sup>.

Ha de valorarse positivamente los términos en que esta cuestión ha sido abordada en la nueva Ley de contratos pues con anterioridad a ella, el artículo 224.5 TRLCSP, señalaba que la Administración podía potestativamente continuar el contrato si el contratista prestaba garantías suficientes sin que el legislador precisara qué había de entenderse por tales. Sin embargo, no se entiende por qué las garantías adicionales se limitan a esos dos supuestos cuando el artículo 108 LCSP admite otras muchas garantías que ahora y para este supuesto concreto no se contemplan. Más aún, podría valorarse la posibilidad de considerar la subcontratación como elemento evaluable en la solvencia siempre que se demuestre que se tienen los medios técnicos para la ejecución del contrato tal y como ya señaló el TJCE en su Sentencia de 2 de diciembre de 1999, asunto Holst-Italia (*vid.* art. 212 LCSP).

En todo caso, hubiera sido conveniente tomar como referencia un planteamiento más dinámico de garantía que atendiese no tanto a la riqueza en un determinado momento sino a las posibilidades de que se genere ésta como conse-

---

<sup>27</sup> En una primera aproximación, la expresión interés general puede considerarse equivalente a la de interés público y debe interpretarse como aquella cuya gestión y tutela se atribuye, directa o indirectamente, a los poderes públicos y resulta contrapuesta al concepto de interés particular o privado (SÁNCHEZ MORÓN, M., voz «Interés general», en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995). Como estamos ante un concepto jurídico indeterminado, un concepto modulable, las razones que pueden justificarse para el mantenimiento del contrato pueden ser de distinta índole: mantenimiento o conservación de la empresa, de los puestos de trabajo, aumento del consumo o de la inversión, la necesidad de concluir una obra a través de un tercero y que no lo asuma la Administración directamente, la continuidad en la prestación de un servicio público...

<sup>28</sup> No se entiende muy bien el porqué del porcentaje exigido. Más bien parece que esta solución se arrastra de lo dispuesto en el artículo 95.1 y 2 del TRLCSP en el que se exigía que el contratista constituyese una garantía de un 5% del importe de adjudicación del contrato. La nueva Ley de contratos del sector público dispone en el artículo 106.2 que si el órgano de contratación exige una garantía provisional ésta no podrá ser superior al 3% si bien el artículo 107 LCSP exige una garantía definitiva del 5%.

<sup>29</sup> Esta solución que ya recogí en mis trabajos anteriores [FERNÁNDEZ TORRES, I. (2015), p. 127 y (2009), p. 514] encuentra apoyo en algunas decisiones judiciales: así, la Audiencia Provincial de Vizcaya (secc. 5.a) en su Sentencia de 28 de febrero de 2011 (J. R. 2011, 304071) admite la retención de la fianza a modo de cláusula penal sustitutoria de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, en cuyo caso la cláusula penal realiza la función de liquidación del daño, en línea con lo dispuesto en el artículo 1152 CC. Pueden consultarse también las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2734), de 7 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9900), de 8 de junio de 1998 (RJ 1998, 4284) y de 12 de enero de 1999 (RJ 1999, 36).

cuencia de la continuación de la actividad que representa la concesión<sup>30</sup>. De este modo, parecería razonable sostener que la Administración no debiera resolver el contrato de concesión salvo que ésta no estuviera conforme con el plan de viabilidad del deudor o éste no lo hubiera presentado. La decisión de continuar el contrato tiene una incidencia notable en el desarrollo del procedimiento concursal en tanto dichas garantías habrán de ser acordadas y aprobadas también por la Administración concursal.

El planteamiento que subyace en el nuevo texto legislativo nos lleva a entender que en los procedimientos que se sustancien en el futuro la decisión de resolver o no el contrato quedará en manos del órgano concedente y no del Juez del concurso. Ello significa que la decisión habrá de ser motivada y que, como toda decisión discrecional administrativa, es susceptible de control judicial, en especial, en relación con su necesaria motivación<sup>31</sup>. La adopción de esta decisión exige seguir el procedimiento legalmente establecido<sup>32</sup> al mismo tiempo que deberá contener un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida. Dicho acuerdo es inmediatamente ejecutivo con independencia de que contra el mismo pueda formularse recurso contencioso-administrativo. En todo caso, ha de quedar claro que se trata de una decisión potestativa de la Administración<sup>33</sup> y que la opción de continuar no impide que ésta pueda resolverlo posteriormente cuando concurren cualesquiera de las causas previstas en la LCSP. Porque, en efecto, en el caso de que la Administración decida la continuación del contrato habiendo el concesionario prestado las garantías suficientes, las reglas aplicables al contrato serán todas las previstas en la LCSP, norma aplicable en su integridad.

<sup>30</sup> VÁZQUEZ LÉPINETTE, T. (2004), «La financiación privada de las obras públicas en el laberinto concursal», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Thomson-Reuters, Madrid, 2004, pp. 123 y ss.

<sup>31</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *El Real Decreto-ley 6/2010 y la modificación del régimen jurídico de los contratos públicos...*, pp. 141 y ss.

<sup>32</sup> Se trata de un procedimiento en el que el trámite de audiencia al interesado ha de practicarse siempre tal y como señala el artículo 191 LCSP. El artículo 224 TRLCSP no lo señalaba expresamente ni tampoco lo hacían sus normas de, en concreto, el RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, que guardaba silencio sobre este particular. Esa solución es la que se deducía de lo dispuesto en el artículo 19.2 TRLCSP en cuya virtud, el régimen aplicable a los contratos sería el previsto en ese texto legal y en sus normas de desarrollo y, supletoriamente, el establecido en las restantes normas de derecho administrativo. Así, el Real Decreto 817/2009, no derogaba en su totalidad el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el reglamento general de la ley de contratos de las administraciones públicas y, en particular, lo dispuesto en el artículo 109 Real Decreto 1098/2001 que establece un procedimiento reglado para la resolución de los contratos (*vid.* FERNÁNDEZ TORRES, I., *El concurso de las entidades...*, pp. 126-127).

<sup>33</sup> La doctrina del Consejo de Estado ha resaltado el carácter absolutamente potestativo que tiene para la Administración el mantenimiento de la vigencia de los contratos. Entre otros, pueden destacarse los dictámenes de 13 de diciembre de 1990 y de 28 de febrero de 1991. En la doctrina, *vid.* GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La resolución del contrato administrativo de obras*, Montecorvo, Madrid, 1996, pp. 84-85; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Las relaciones de trabajo ante la novación del concesionario de obra pública*, en *La Ley*, Madrid, 6797/2010, p. 22.

Quizás, hubiera sido conveniente que se arbitrara un procedimiento diferente en el que la resolución quedase sometida a la decisión del juez concursal con la intervención de la Administración a través del correspondiente incidente concursal mediante informe vinculante de ésta previa fijación de ciertos criterios a los que necesariamente el juez debiera quedar sujeto en la adopción de sus decisiones. Otra opción sería que siempre que exista un elemento o interés público en un procedimiento concursal se designe un administrador que represente o vele por esos intereses y que sea en el marco de ese procedimiento en el que se sustancie la resolución o no del contrato<sup>34</sup>.

Sea como fuere lo cierto es que la autonomía con la que se dota al órgano de contratación con respecto al órgano jurisdiccional puede plantear posteriores problemas de interpretación. La nueva Ley de Contratos del Sector público, conocedora quizás de los conflictos competenciales que se han venido planteando en la práctica, ha introducido una regla en el artículo 213.6 LCSP que determina que al tiempo de incoarse el procedimiento de resolución del contrato podrá iniciarse el de adjudicación del nuevo. Mientras tanto, el contratista quedará obligado a «en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado». El legislador de contratos parece entender aquí que poco o nada tiene que decir el juez del concurso y obliga al concesionario a continuar —sin fijar un plazo máximo— desarrollando la actividad en claro perjuicio de acreedores.

### C) *Efectos de la resolución del contrato*

Con todo, quizás una de las cuestiones más complejas en relación con la resolución automática de los contratos de concesión como consecuencia de la apertura de la liquidación de las sociedades concesionarias gira en torno a la mal llamada «Responsabilidad Patrimonial del Estado»—RPA—<sup>35</sup>. En cuanto derecho a la devolución

<sup>34</sup> Así lo apunté también en FERNÁNDEZ TORRES, I. (2015), p. 129; DEL GUAYO, I. (2011), pp. 169 y ss., propone distintas soluciones coincidiendo sustancialmente con la opinión aquí sustentada.

<sup>35</sup> Debe advertirse que en el ámbito del derecho administrativo, esta expresión se reserva para cubrir los «daños residuales de la acción administrativa, no deliberadamente procurados, pero inevitables», responsabilidad que puede derivar tanto de una actividad jurídica como de una actividad puramente material o técnica o, incluso, de una simple omisión, la cuenta hoy con su refrendo constitucional. A este respecto, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, cap. XXI, Thomson-Reuthers, Madrid, se trata de una responsabilidad objetiva y directa que cuenta hoy con su refrendo constitucional (art. 106.2 CE) si bien la cláusula general de responsabilidad patrimonial fue introducida por la ley de Expropiación Forzosa de 1954. Se trata de una responsabilidad extracontractual de carácter directo y objetivo [MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M., «Principios de la responsabilidad extra contractual de la Administración Pública (arts. 139 y 141 L.J.A.)», en *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, QUINTANA (dir.), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 43-45]. Sobre el tema de la responsabilidad patrimonial de la administración puede consultarse específicamente: GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 6 ed., Civitas, Madrid, 2012;

de las inversiones realizadas en la infraestructura en los supuestos de resolución del contrato de concesión, se incorpora a la masa activa —en cuantía indeterminada<sup>36</sup>— en sustitución del contrato concesional extinguido como compensación para mantener el equilibrio económico del contrato. Detrás del abono de la liquidación y, en concreto, del importe derivado de la responsabilidad patrimonial se esconden los constantes intentos por parte del Gobierno para alcanzar una solución convenida<sup>37</sup> pero también, los conflictos de jurisdicción a que nos hemos referido.

Este derecho a obtener el valor de la obra no amortizada no se contemplaba en las primeras legislaciones de concesiones de obra pública en las que se optaba por la incautación de la obra por la Administración o el abono al concesionario del valor obtenido en subasta tal y como volvió a introducir la Ley 40/2015, de 1 de octubre de 2015 en un nuevo artículo 271 bis 2 TRLCSP el cual prescribe<sup>38</sup>:

*«La Administración abonará al primitivo concesionario el valor de la concesión en un plazo de tres meses desde que se haya realizado la adjudicación de la licitación a la que se refiere el apartado anterior o desde que la segunda licitación haya quedado desierta».*

Sin duda la reforma cuyo planteamiento se mantiene en la nueva Ley de contratos (art. 281.2 LCSP) contribuirá a racionalizar el recurso a este instrumento, disminuir la asunción de riesgos y el recurso a instrumentos financieros en un intento de evitar los fracasos económicos de las concesiones. Se trata de una reforma oportuna a futuro que evitará las onerosas consecuencias que se derivan para la Administración en caso de resolución del contrato. Con la reforma introducida por la Ley 40/2015, se elimina la «responsabilidad patrimonial» compensando al concesionario sólo con el valor de la resolución en el momento de la liquidación, es decir, con el valor obtenido en subasta en los términos especificados en el artículo 282 a) LCSP<sup>39</sup>.

---

PANTALEÓN PRIETO, A. F., *Responsabilidad extracontractual de la administración*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Civitas, Madrid, 3/1983, pp. 809-824; y en *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones Públicas)*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma, Madrid, 4/2000, pp. 167-192.

La crítica a la terminología puede verse en el Dictamen del Consejo de Estado de 23 de julio de 2014 (expediente 9/2014).

<sup>36</sup> La fijación y cuantía de la RPA habrá de ser concretada por el órgano concesional no pudiendo invadir el juez concursal las competencias atribuidas *ex lege* al mismo. Y eso es lo que entiende el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. El fundamento quinto concluye que «las medidas contenidas en el referido apartado 11 se inscriben dentro del estricto ámbito del concurso, sin invadir potestad administrativa alguna, y (...) 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 sociedad concesionaria la gestión de la autopista».

<sup>37</sup> *Vid.*, al respecto, FERNÁNDEZ TORRES, I., <http://agendapublica.elperiodico.com/examen-al-rescate-de-autopistas/> y en, <http://www.lacaciabogados.com/futuro-concesionarias-autopistas/>.

<sup>38</sup> *Vid.*, al respecto, HUERGO, A. (2017), *Un contrato administrativo puede ser resuelto por un Juzgado de lo Mercantil?*, BIB 2017/11005.

<sup>39</sup> Conforme al TRLCSP, el artículo 271 ter garantizaba al concesionario como «suelo» el 50% de una cifra que supone la capitalización de los rendimientos reales de la obra. En caso de apertura



La cuestión de la responsabilidad patrimonial de la administración ha suscitado otros debates —intensos— como consecuencia, entre otras, de las reformas que reconocen al Estado (Real Decreto-ley 1/2014) la posibilidad de minorar el importe de la RPA en los supuestos en que éste se vea obligado a hacerse cargo de las expropiaciones de las autopistas de peaje en caso de impago de la concesionaria por estar declarada en concurso (medida de carácter retroactivo ciertamente polémica). La cuestión vuelve a surgir en los Autos de 3 de mayo de 2016 dictados por el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid en los que se plantea la posible inconstitucionalidad del artículo 7 del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, por el que se adiciona un nuevo apartado 7.º al artículo 271 TRLCSP así como del artículo 6 del citado Real Decreto-ley 1/2014 por el que se modifica el artículo 17 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas.

Pero más allá del problema señalado y que no deja de ser una cuestión de política jurídica, conviene que nos refiramos a otros aspectos íntimamente relacionados con la liquidación concursal. Como sabemos, la crisis económica ha impulsado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 218 TRLCSP, operaciones de pignoración de los créditos futuros que deriven de cualesquiera contratos suscritos por un concesionario con una administración, por ejemplo, los derechos de crédito al pago del importe de la responsabilidad patrimonial de la administración en caso de resolución anticipada, y por supuesto, por su importancia y controversia, la prenda y cesión en garantía de los derechos de cobro presentes y futuros derivados del contratos de concesión y de gestión de servicios públicos. La constitución de prenda de créditos en la práctica de las operaciones de financiación se apoya por un lado, en las disposiciones del Código Civil relativas a la cesión de créditos y, por otro, en la regulación cambiante y no siempre clara de la prenda de créditos en cuanto derecho real de garantía con privilegio especial recogida en el artículo 90.1.6 LC. El precepto plantea numerosas dudas y ha sido objeto de una constante controversia doctrinal dando lugar a resoluciones judiciales contradictorias como consecuencia de su desafortunada redacción (que deriva de la reforma operada por la Ley 38/2011) especialmente por lo que se refiere a los requisitos de constitución del privilegio real de la garantía y, más concretamente, el alcance de la resistencia de la prenda de créditos futuros al concurso de quien los cedió en garantía (normalmente, el deudor del crédito garantizado)<sup>40</sup>. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de marzo de 2016 (sala 1.ª), ha venido a confirmar el plan-

---

de la liquidación y en virtud de lo previsto en el nuevo artículo 271 ter TRLCSP «la concesión saldrá a subasta por un valor que equivale a capitalizar a un tipo que equivale a la tasa libre de riesgo incrementada en 300 puntos básicos, los flujos de caja futuros calculados a partir de los flujos de caja pasados». *Vid.* HUERGO, A. (2017); sobre la reforma operada por la Ley 40/2015, *vid.* GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N., *La nueva responsabilidad patrimonial de la Administración de las concesiones de acuerdo con la Ley 40/2015*, Actualidad Administrativa, 4/2016.

<sup>40</sup> Sobre toda esta cuestión tuve ocasión de referirme en FERNÁNDEZ TORRES, I. (2014), pp. 259 y ss.

teamiento ya defendido en anteriores decisiones (concretamente, en sus Sentencias de 22 de febrero de 2008 y de 6 de noviembre de 2013) al señalar que:

*«Dicho de otro modo, la admisión de la cesión de créditos futuros va pareja a la admisión de la pignoración de créditos futuros, sin perjuicio de la distinta relevancia concursal derivada de los diferentes efectos generados con la cesión de créditos y con la pignoración de créditos. Si se admite la validez de la cesión de créditos futuros y su relevancia dentro del concurso de acreedores, siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, bajo las mismas condiciones deberíamos reconocer el privilegio especial del artículo 90.1.6.º LC a la prenda de créditos futuros: siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente de los créditos futuros pignorados».*

La idea que subyace en la referida Sentencia es, por otro lado, la recogida en la Ley concursal tras la reforma operada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en la que expresamente se advierte que:

*«Esta solución jurisprudencial que aflora bajo una normativa —anterior a la Ley 40/2015, de 1 de octubre— en la que se reconocía explícitamente el privilegio especial de la prenda de créditos, siempre que constare en documento con fecha fehaciente, sin que existiera mención expresa a la prenda de créditos futuros, viene a coincidir con la solución aportada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, al regular expresamente la prenda de créditos futuros en el artículo 90.1.6.º LC».*

En coherencia con lo expuesto, los créditos que gocen de garantía real sobre la RPA deben ser calificados como tales.

Pero, además, debemos pensar que la RPA, en tanto se prolongue el proceso concursal, llevará a que el deudor continúe pagando los intereses remuneratorios pactados aumentando significativamente el pasivo concursal; al mismo tiempo, cada día que pasa se va reduciendo el importe a abonar por el Estado en concepto de RPA. Todo ello disminuye la masa activa concursal y perjudica a los acreedores. Los gastos de explotación y los costes financieros (intereses moratorios y remuneratorios unidos a los créditos privilegiados especiales) superan sin lugar a dudas los ingresos financieros y de explotación derivados del mantenimiento de la actividad de la concursada. En consecuencia, una valoración ponderada de los intereses en juego —los concursales y los públicos— debe llevar a una prolongación del contrato de concesión reducida al mínimo necesario que permita asegurar la continuidad en la prestación del servicio. No podemos decir precisamente que en los procedimientos a los que nos hemos referido esté siendo éste el criterio orientador sino que, por el contrario, la voluntad del Ministerio de dilatar el proceso lo más posible para minorar la cuantía a abonar en concepto de RPA parece ser el principal objetivo. La concreción pues de la cuantía que corresponda pagar en concepto de RPA es la que deberá fijar la Administración en un procedimiento específico pues ello no entra en las competencias del juez concursal. Ello significa que, probablemente, el Juez de lo Concursal dictará Auto concluyendo el proceso concursal y deberá, posteriormente,

acordar su reapertura una vez la RPA haya sido concretada (*vid.* Sentencias del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid, de 23 de enero de 2018).

En todo caso, en el momento en que se cierra este trabajo, ninguno de los procedimientos concursales actualmente abiertos han concluido<sup>41</sup>.

### III. Las reglas legales de liquidación y el plan de liquidación

#### 1. *Algunas consideraciones generales*

Para el desarrollo de las operaciones de liquidación resulta fundamental el plan de liquidación, regulado en el artículo 148 LC, que se refiere a la realización de los bienes y derechos de la masa activa y cuya preparación es competencia exclusiva de la administración concursal. El artículo 148.1 LC insta a la administración concursal a que, siempre que sea factible, se contemple la enajenación del conjunto de los establecimientos, explotaciones o unidades productivas o de alguno de ellos si bien el plan puede contemplar también la cesión de bienes o derechos.

Así, el artículo 148.5 LC establece una particularidad en relación con el plan de liquidación al prever que éste podrá contemplar la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales salvo para los acreedores públicos<sup>42</sup>. Lo dispuesto en el citado precepto parece no encajar bien con lo previsto en el artículo 100.3 LC que, tras la reforma operada en 2015, admite la *datio pro soluto* o cesión en pago de bienes o derechos en el marco del convenio si bien, dicha solución «en ningún caso se impondrá la cesión en pago a los acreedores públicos». Los términos del precepto parecen claros. La cesión no puede imponerse a la Administración pero, sin embargo, puede ser una opción que dependerá de la voluntad de las partes. Pero es que, además, la posición de los acreedores públicos se blindada, limita o protege sustancialmente y no siempre con justificación teniendo en cuenta el actual contexto de crisis. Por ello, la solución propuesta para los acreedores públicos quizás merezca una valoración crítica pues esa solución pudiera ser una vía o un instrumento de pago oportuno en una fase en la que la reestructuración de la empresa en crisis ya no parece una opción.

#### 2. *Especialidades en la transmisión de unidades productivas*

La reforma operada por el Real Decreto ley 11/2014 introdujo el artículo 146 bis LC que vino a reconocer la posibilidad de acordar una transmisión de unida-

<sup>41</sup> Dos autopistas de las nueve quebradas han sido rescatadas, y asumidas por la sociedad estatal SEITTSA en virtud de lo dispuesto en el Convenio suscrito entre el Ministerio y la citada sociedad publicado el pasado 25 de agosto de 2017 (hay que advertir que los plazos señalados en el citado Convenio han sido incumplidos) [*vid.* Autos del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid de 23 de enero de 2018].

<sup>42</sup> YÁÑEZ VIVERO, F., «Cesión de Bienes en concurso de acreedores e inscripción registral», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 729/2012, p. 423.

des productivas<sup>43</sup>. La regulación resulta de aplicación tanto a las transmisiones que se realicen al amparo del artículo 43 LC, es decir, a las que tengan lugar durante la fase común del concurso, como a las que se produzcan en la fase de convenio o de liquidación (aún cuando a todas ellas se aplicará un precepto que se incluye en el capítulo II «De la fase de liquidación» en la LC). No obstante, debe advertirse que la Ley refleja una prioridad por la enajenación de la unidad productiva en fase de liquidación concursal<sup>44</sup>. La finalidad de la reforma parece clara: promover las liquidaciones concursales traslativas favoreciendo el mantenimiento del valor empresarial y el empleo que son intereses presentes en el concurso y que se presentan con especial intensidad cuando aparece el elemento público<sup>45</sup>. Ahora bien, la incompletud de lo dispuesto en el artículo 146 bis LC unido a los riesgos de que esta modalidad de transmisión se utilice de forma fraudulenta para eludir el pago de deudas, exige ser cuidadosos y prestar especial atención a dos cuestiones: la valoración de la unidad productiva y la transmisión de los contratos.

En relación con la valoración del contenido de la unidad productiva transmitida aún correspondiendo a la administración concursal las facultades de disposición, el juez deberá validar la operación tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 148 LC. En todo caso, el informe de la administración concursal deberá precisar y delimitar la unidad productiva que se pretende transmitir y garantizar la posibilidad de continuación de la actividad empresarial (*vid.* art. 75.2 5 LC)<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> La expresión «unidad productiva» debe entenderse como conjunto de bienes y derechos que guardan entre ellos un mínimo de cohesión y de independencia respecto al resto de los elementos que integran el patrimonio del concursado y que son susceptibles de constituir una explotación autónoma [ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J., «Contenido de la propuesta de convenio (art. 100)», en *Comentario de la Ley concursal*, vol. II, 2006, p. 1894]. Una aproximación a la transmisión de empresas y las dificultades para dejar un concepto concreto, puede encontrarse en: CONDE TEJÓN, A., «La transmisión de la empresa o de alguna de sus unidades económicas como prevención o solución a situaciones de crisis empresarial», *Revista de Derecho Mercantil*, 294, oct.-dic. 2014, pp. 215 y ss.; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «Transmisión de la empresa», en *Enciclopedia de derecho concursal*, tomo II, en *Enciclopedia de Derecho concursal*, tomo I, BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES (dirs.), Thomson-Aranzadi, Madrid, 2012, en especial pp. 2799-2803; BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y MERCADAL VIDAL, F., «Comentario al artículo 149 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO/BELTRÁN (coords.), tomo II, Civitas, Madrid, 2006, pp. 2387-2388. Ello no significa, empero, que la cesión haya de afectar a una unidad productiva que esté en funcionamiento en ese momento sino que, por el contrario, puede tratarse sin lugar a dudas de una actividad que, por diferentes motivos, se encuentre transitoriamente inactiva (ya sea porque lo estuvieran en el momento de la declaración de concurso o bien por haberse decretado el cese o la suspensión de la actividad por el juez del concurso al amparo del artículo 44.4 LC). *Vid.* ALONSO LEDESMA, C., *La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal*, eprints UCM, julio 2011, p. 23.

<sup>44</sup> SIERRA NOGUERO, E., *La liquidación (unitaria o fragmentaria) de la empresa en concurso*, en *Anuario de Derecho Concursal*, Civitas, Madrid, 24/2011-3, pp. 55 a 60.

<sup>45</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Comentario al artículo 43 LC», en *Ley concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, GALLEGO (coord.), tomo I, La Ley, Madrid, 2005, p. 533.

<sup>46</sup> Sobre la necesidad de que el juez recabe el informe de la administración concursal sobre el que fundar su decisión y en relación con las reglas de liquidación: BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y MERCADAL VIDAL, F.: *Comentario al artículo 149 LC*, pp. 2384-2385.

En clara conexión con la cuestión señalada, ha de advertirse que ni el artículo 43 LC ni el 146 bis LC fijan los parámetros o condiciones con que la autorización judicial debe producirse o denegarse en su caso<sup>47</sup>, lo que implica que el Juez goza de un margen de discrecionalidad notable para atender del modo más conveniente los intereses del concurso. La presencia de un interés público aconseja la intervención de un administrador representante de los acreedores públicos así como la necesaria autorización por parte de la administración competente que ha de velar por ese interés concretado en una valoración adecuada de los elementos que integran la unidad transmitida y la necesaria solvencia del adquirente.

Por lo que se refiere a la transmisión de los contratos, el artículo 146 bis.1 LC —en la línea que exigía autorizada doctrina<sup>48</sup>— prevé expresamente que en caso de transmisión de unidades productivas se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivadas de contratos afectos a la continuidad de la empresa cuya resolución no hubiera sido solicitada. Se trata de una excepción al principio general en materia contractual que exige el consentimiento del deudor cuyo contrato se cede tal y como establecen los artículos 1203 y 1205 Cci<sup>49</sup> cuya aplicación podía dar lugar a comportamientos obstaculizadores que impedían el mantenimiento de la actividad empresarial y el empleo<sup>50</sup>.

En relación con los contratos administrativos, conforme a lo dispuesto en el artículo 214.2 LCSP 2017 al que remite el artículo 146 bis LC, la cesión deberá contemplar la exigencia de los siguientes requisitos:

*«a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión. Dicha autorización se otorgará siempre que se den los requisitos previstos en las letras siguientes. El plazo para la notificación de la resolución sobre la solicitud de autorización será de dos meses, transcurrido el cual deberá entenderse otorgada por silencio administrativo».*

Cuestiones, todas ellas, que deberán ser dilucidadas por la Administración contratante y resueltas mediante la emisión de un informe razonado. Si la ley prevé la cesión de los contratos afectos a la continuidad de actividad empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada, es de imaginar que habrán de cederse todas las licencias o autorizaciones administrativas afectas a la actividad (art. 176 bis.2

<sup>47</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., «Notas sobre la liquidación anticipada», en *Anuario de Derecho Concursal*, Civitas, Madrid 20/2010, p. 237. El problema se había detectado ya cuando se produjo el debate previo al Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, pero finalmente se renunció. La cuestión parece haber pasado desapercibida en las reformas de 2014.

<sup>48</sup> ALONSO LEDESMA, C., *La transmisión de la empresa...*, p. 29.

<sup>49</sup> *Vid.* SANCHO REBULLIDA, F., «Comentario al artículo 1203 CC» y «Comentario al artículo 1205 CC», en *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 294 y 301 con amplias referencias jurisprudenciales.

<sup>50</sup> En la doctrina, PULGAR EZQUERRA, J. (2014), «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal», *Diario La Ley*, n.º 8391/2014, pp. 9 y ss., asimismo, *vid.* *Conclusiones de los Jueces de lo Mercantil de Barcelona*, de 3 de julio de 2014, que dedican la primera parte al análisis de las enajenaciones de unidades productivas.

LC). No obstante, en el caso de los contratos administrativos la solución dista mucho de ser tan sencilla. En efecto, el artículo 146 bis LC determina que la cesión de éstos habrá de regirse por lo dispuesto en el artículo 214 LCSP lo que exige, por un lado, la autorización del órgano de contratación; por otro, el contrato habrá de estar ejecutado al menos en un 20% del importe total o de una quinta parte del plazo de duración si se trata de la gestión de un servicio público; asimismo, el cesionario debe tener capacidad para contratar con la administración y ha de tener la solvencia que resulte exigible y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar; finalmente, la cesión ha de formalizarse en escritura pública. En definitiva, el interés público que subyace en los contratos administrativos exige un control de garantías de la solvencia del adquirente. En consecuencia, la cesión de estos contratos requerirá una decisión motivada del órgano de contratación siendo además necesario que antes de que se produzca la cesión de los contratos y la transmisión de la unidad productiva se acredite el cumplimiento de todos y cada uno de estos requisitos. Por otro lado, no podemos olvidar que la declaración en concurso no produce la resolución automática de los contratos de tal manera que la cesión será posible siempre y cuando lo decida así el órgano de contratación. Esta y no otra, debe ser la solución a la vista de lo dispuesto en el artículo 67 LC en virtud del cual los efectos del concurso sobre los contratos administrativos se regirán por lo establecido en su legislación especial.

### 3. *La sucesión de empresa en el marco del plan de liquidación*

La transmisión de la unidad productiva planteaba con anterioridad a la reforma del Real Decreto-ley 11/2014 problemas de índole práctica en relación con la determinación de los contratos laborales que se transmiten con dicha unidad productiva y los efectos de la sucesión de deudas laborales y de Seguridad Social<sup>51</sup>. Los Tribunales entendían que la sucesión operaba sólo a efectos laborales a tenor de lo dispuesto en el artículo 149.2 LC al señalar éste que «...se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa» con exclusión expresa de sucesión a efectos tributarios y de la deuda frente a la Seguridad Social [*vid.* art. 42.1.c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria —LGT—]<sup>52</sup>. Criterio que, además, fue asumido por los Tribunales<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Sobre la sucesión de empresa, *vid.* GÓMEZ ARBÓS, J., *La sucesión de empresas. Supuestos controvertidos en la aplicación del artículo 44 ET*, BIB 2016/917.

<sup>52</sup> PULGAR EZQUERRA, J. (2014), pp. 10-11, considera esto último cuestionable señalando que en la práctica ha planteado muchos problemas, habiéndose llegado a cuestionar la competencia de los jueces de lo mercantil para pronunciarse sobre la materia: Auto del Juzgado Mercantil n.º 8 de Madrid, de 20 de Diciembre 2013 [Grupo Maemoda (Blanco)]. Con anterioridad, *vid.* VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., «La exención de responsabilidad de los adquirentes de una empresa en sede concursal por deudas de seguridad social: jurisprudencia y soluciones», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, La Ley Actualidad, Madrid, 15/2011, pp. 349 y ss., en especial, p. 352; BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y MERCADAL VIDAL, F. (2006), pp. 2389-2390.

<sup>53</sup> Entre otras muchas resoluciones: Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de noviembre de 2007; Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Palma de Mallorca de 14 de noviem-

Conforme a la nueva redacción dada al artículo 149.4 LC<sup>54</sup> por la Ley 9/2015 y teniendo en cuenta lo dispuesto en el propio artículo 146 bis 4, párrafo 1 LC, no es posible mantener la tesis exoneratoria por decisión judicial de las deudas de la Tesorería de la Seguridad Social. No obstante, la responsabilidad del adquirente ha de quedar circunscrita a las deudas respecto de las relaciones laborales que asuma y no todas las correspondientes a la entidad transmitente.

Mediante Auto de 11 de diciembre de 2013, el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, de 4 de febrero de 2014 planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de en torno a la compatibilidad del régimen anterior al último cambio legal con la Directiva 2008/94/ CE del Parlamento y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, así como con la Directiva 2001/23/ CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativos al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, o de unidades productivas. El Tribunal en el Auto de 28 de enero de 2015<sup>55</sup> ha señalado que:

*«Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones planteadas que la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que: en el supuesto de que, en el marco de una transmisión de empresa, el cedente sea objeto de un procedimiento de insolvencia que esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente y el Estado miembro de que se trate haya optado por hacer uso del artículo 5, apartado 2, de la mencionada Directiva, ésta no se opone a que dicho Estado miembro disponga o permita que las cargas que, en el momento de la transmisión o de la apertura del procedimiento de insolvencia, resulten para el cedente de contratos o relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen legal de la seguridad social, no se transfieran al cesionario, siempre que dicho procedimiento garantice una protección de los trabajadores como mínimo equivalente a la establecida por la Directiva 80/987, si bien nada impide que dicho Estado miembro prevea que tales cargas deban ser soportadas por el cesionario aun en caso de insolvencia del cedente» (apartado 59).*

---

bre de 2013; Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1.a), de 30 de enero de 2014; Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona, de 22 de abril de 2014.

<sup>54</sup> El referido precepto ha de completarse con lo dispuesto en el artículo 44 del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y, en el ámbito de la Seguridad Social, los artículos 142 y 168 del real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>55</sup> ORELLANA CANO, N. (2015), pp. 408 y ss., y en, *Sucesión de empresa y concurso de acreedores: a propósito del Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2015*, RCP 23/2015.