

LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ANTE EL FENÓMENO CONCURSAL: ALGUNAS REFLEXIONES AL HILO DE LA NUEVA LEY (*)

Por

MATILDE CARLÓN RUIZ
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NO SUSCEPTIBILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE SER DECLARADAS EN CONCURSO: 1. *Las previsiones del artículo 1.3 de la nueva Ley Concursal: la excepción a la regla general.* 2. *Sentido y alcance de la no susceptibilidad de las Administraciones Públicas de ser declaradas en concurso:* A) La necesaria interpretación funcional del concepto de «Administraciones Públicas» ante el privilegio de su no sometimiento a la legislación concursal: el privilegio de inembargabilidad de los bienes públicos como referente. B) Alcance de la falta de capacidad concursal de las Administraciones Públicas: en especial, el caso de las entidades públicas empresariales y las sociedades de capital público.—III. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO CONTRATANTES DE UN DEUDOR SOMETIDO A LOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LA NUEVA LEY CONCURSAL: 1. *Consideraciones generales. Breves reflexiones acerca del ámbito de aplicación del TRLCAP.* 2. *La declaración en concurso del deudor como causa de prohibición para contratar con las Administraciones Públicas: la nueva redacción dada al artículo 20.b) del TRLCAP.* 3. *Los efectos de la declaración en concurso del deudor sobre los contratos que hubiera entablado con Administraciones Públicas: comentarios al artículo 67 de la Ley Concursal:* A) Reflexiones preliminares. B) Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones Públicas: a) Distintos procedimientos de declaración de insolvencia como causa de resolución de los contratos administrativos. b) La insolvencia del deudor como causa de prohibición para contratar y como causa de extinción del contrato. c) La declaración de insolvencia del contratista en relación con otras causas de resolución de los contratos administrativos. d) El carácter, automático o no, de la declaración de insolvencia del deudor como causa de resolución de los contratos administrativos. e) Efectos de la resolución del contrato por causa de haberse declarado la insolvencia del contratista. C) Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con las Administraciones Públicas. 4. *Una última reflexión: la aplicación extendida de las reglas de la LCAP sobre la declaración de concurso del deudor a supuestos no estrictamente contractuales.*

(*) Este trabajo tiene como origen último una colaboración en los *Comentarios a la nueva Ley Concursal* que, bajo la dirección de A. ROJO y E. BELTRÁN, serán objeto de próxima publicación por la Editorial Civitas. Su elaboración se enmarca en el Programa de investigación «Aspectos jurídicos de la liberalización económica y la introducción de la competencia», dirigido por el Prof. Dr. Tomás Ramón FERNÁNDEZ (Ref. SEC 2001/1184).

En la fase de corrección de pruebas, la autora de este artículo ha tenido conocimiento de que la Profa. CHINCHILLA MARÍN había venido elaborando, en paralelo, un artículo sobre las novedades introducidas por la Ley Concursal en la regulación de la contratación pública, que se publicará en el próximo número de la «Revista Vasca de Administración Pública».

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 9 de julio de 2003 ha sido aprobada una nueva Ley Concursal largamente esperada por la doctrina mercantilista. Aunque no se puede negar a esta Ley el mérito indiscutible de aglutinar bajo un texto común las fragmentarias y dispares regulaciones contenidas en muy dispersas normas (1), lo complejo de su proceso de gestación permite aventurar que muchos de sus contenidos no dejarán de ser discutidos, tanto en lo que se refiere a sus principios básicos como a las soluciones de detalle que en ella se han recogido para muchos de los espinosos problemas que genera el fenómeno concursal (2). No es, sin embargo, nuestra intención, obviamente, hacer valoración alguna de la Ley en sus aspectos jurídico-privados —ni de planteamiento ni de detalle—, sino llamar la atención sobre algunas cuestiones jurídico-públicas o, más exactamente, jurídico-administrativas —algunas de gran calado— que han sido objeto de regulación por su parte.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, contiene, efectivamente, algunas previsiones que inciden directamente en el ordenamiento jurídico-administrativo. De hecho, como veremos, esta Ley llega incluso a introducir modificaciones de cierta importancia en la legislación de contratación pública a través de su Disposición final decimotercera. Algo que, si bien podría ser sorprendente cuando el propio legislador afirma haber dictado esta Ley al amparo de los tí-

(1) Baste como prueba de este dato el contenido de la Disposición derogatoria única de la nueva Ley, mediante la que se derogan múltiples Leyes —la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922; la Ley de 12 de noviembre de 1869, sobre quiebra de las compañías de ferrocarriles, concesionarias de canales y demás obras públicas análogas; la Ley de 19 de septiembre de 1896, sobre convenios entre las compañías de ferrocarriles y sus acreedores sin llegar al estado de suspensión de pagos; la Ley de 9 de abril de 1904, sobre aprobación de convenios de sociedades o empresas de canales, ferrocarriles y demás concesionarios de obras públicas; la Ley de 2 de enero de 1915, sobre suspensión de pagos de las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras de servicio público general—, así como numerosos preceptos y disposiciones de los Códigos de Comercio de 1829 y 1885; del Código Civil; de la Ley sobre suspensión de pagos o quiebra de las entidades deudoras del Estado y del Banco de Crédito Industrial para protección y fomento de la producción nacional; de la Ley sobre fomento de las ampliaciones y mejora de los ferrocarriles de vía estrecha y de ordenación de los auxilios a los de explotación deficitaria; de la Ley de Sociedades Anónimas; de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; de la Ley de Cooperativas; del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual; de la Ley de Hipoteca Naval; de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y del Estatuto de los Trabajadores.

(2) Vid. A. ROJO, «La reforma del Derecho concursal español», en el libro, por él dirigido, *La reforma de la legislación concursal*, Dijusa, Madrid, 2003, quien hace una valoración general del entonces todavía proyecto de Ley Concursal tras describir el complejo proceso de su gestación. Nótese que se trata de un testigo cualificado de tal proceso, puesto que fue nombrado redactor del Anteproyecto de Ley de 1995, antecedente de la nueva Ley, del que, sin embargo, el texto definitivo se ha desviado en muchos aspectos.

tulos competenciales contenidos en las reglas 6.^a y 8.^a del artículo 149.1 de la Constitución —sin mencionar la regla 18.^a— (3), no deja de aportar un nuevo argumento para constatar una realidad evidente: la de la necesaria consideración del ordenamiento como un todo, abandonadas ya las siempre convencionales rigideces que pretenden imponer tajantes barreras entre ramas del ordenamiento.

De este modo, en el articulado de la nueva Ley —tanto en la Disposición final citada como en el artículo 67— se recogen reglas específicas que inciden en el ámbito de la contratación pública, derivadas de la consideración de las Administraciones Públicas como sujeto que ha entablado o va a entablar relaciones contractuales con el deudor sometido al procedimiento de concurso; reglas que inciden en la ordenación común del procedimiento contractual, tanto en la fase precontractual —en lo que se refiere a la incidencia

(3) Conforme a lo dispuesto en la Disposición final trigesimosegunda de la Ley, «*la presente Ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*». Redacción ésta que genera cierta confusión respecto de cuáles sean los títulos competenciales sobre cuya base el Estado aprueba la Ley Concursal. Y ello por una doble razón: porque los artículos constitucionales citados en esta Disposición, particularmente el primero, son muy prolijos al establecer las reglas de distribución de competencias sobre muy diversas materias, entre las que se encuentran algunas —como la legislación penal y penitenciaria— obviamente extrañas al ámbito material de la Ley Concursal, y, en segundo lugar, porque, como consecuencia de la complejidad misma del fenómeno concursal, la propia Ley incluye previsiones que afectan a normas de los más variados ámbitos, tal y como queda perfectamente reflejado en muchas de sus Disposiciones, cuyo objeto es introducir modificaciones en múltiples leyes, muchas de ellas bien alejadas del ámbito material inmediato del fenómeno concursal —como es el caso de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a algunos de cuyos artículos da nueva redacción la Disposición final decimotercera de la Ley Concursal—. Sólo para aquellas leyes que, estando afectadas por la Ley Concursal, tienen rango de ley orgánica se hizo necesaria la aprobación simultánea de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En este contexto, asumiendo que el núcleo sustancial de la Ley se identifica con la regulación del fenómeno concursal, una lectura detenida de los artículos constitucionales citados en la citada Disposición final permite colegir con facilidad que la Ley Concursal ha sido dictada por el Estado en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de «legislación mercantil» (art. 149.1.6.^a) y en materia de «legislación civil» (art. 149.1.8.^a), por lo que se refiere a su contenido material, y en ejercicio de su competencia en materia de «legislación procesal», por cuanto la Ley Concursal regula la institución concursal desde una perspectiva global, incluyendo los aspectos procedimentales. De este modo se explica, además, la cláusula de cierre de esta Disposición —«*sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*»—, transcripción literal del artículo constitucional (149.1.6.^a *in fine*). Tal conclusión no prejuzga las matizaciones que podrían hacerse al reparar en que una de las novedades de principio introducidas por la Ley Concursal consiste en que —con su afán unificador— asume como objeto la regulación de los supuestos de insolvencia de todo tipo de deudor, sea éste empresario o no, «comerciante» o «no comerciante» (art. 1 y Exposición de Motivos de la Ley): siendo esto así, las normas sustantivas en materia de Derecho concursal no podrían calificarse propiamente como «legislación mercantil», o sólo pueden serlo si se parte de un concepto de «legislación mercantil» mucho más amplio que aquel que considera vigente la jurisprudencia constitucional (vgr.: Derecho de los operadores económicos, Derecho del mercado).

del concurso del deudor en su posible consideración como contratista de la Administración— como en lo que se refiere a los efectos del concurso sobre los contratos que vinculen al deudor con Administraciones Públicas. La incidencia de la nueva Ley Concursal en lo que a cuestiones jurídico-administrativas se refiere no se limita, sin embargo, al ámbito de la contratación pública, sino que alcanza a una cuestión nuclear al excluir en su artículo 1.3 la posibilidad de que las *Administraciones Públicas* sean sometidas a un procedimiento de concurso. Esta aparentemente simple excepción a la regla general que somete a cualquier deudor, persona física o jurídica, al ámbito de la Ley Concursal plantea, en efecto, interesantes reflexiones acerca de las formas de personificación de las Administraciones Públicas que inciden en cuestiones capitales de nuestra disciplina.

Nuestra intención es, pues, reflexionar sobre las especificidades que impone en el procedimiento concursal la implicación en el mismo de una *Administración Pública* —asumiendo, desde este momento, lo equívoco de esta expresión—, sea como sujeto activo o pasivo, como acreedor o deudor. De ello, precisamente, trataremos en las siguientes páginas, no sin antes advertir que las reglas que estudiaremos no entrarán en vigor hasta el 1 de septiembre del presente año (4).

II. LA NO SUSCEPTIBILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE SER DECLARADAS EN CONCURSO

1. *Las previsiones del artículo 1.3 de la nueva Ley Concursal: la excepción a la regla general*

La nueva Ley Concursal se inicia con un artículo en el que se recoge el presupuesto subjetivo de la Ley en términos ciertamente amplios. De hecho, conforme a la regla general establecida en el apartado 1 del artículo 1 de la nueva Ley, «*la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica*». Sin embargo, a renglón seguido, a esta regla general se impone en el apartado 3 del mismo artículo una excepción pretendidamente taxativa cuando se afirma que «*no podrán ser declaradas en concurso*

(4) Efectivamente, conforme a lo previsto en la Disposición final trigesimoquinta de la Ley, «*la presente Ley entrará en vigor el día 1 de septiembre de 2004, salvo en lo que se refiere a la modificación de los artículos 463, 472 y 482 de la Ley de Enjuiciamiento Civil efectuada por la Disposición final tercera y el mandato contenido en la Disposición final trigésimo segunda, que entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado"*».

las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público».

De la lectura de este precepto se desprende meridianamente que con él se pretende excluir a las *Administraciones Públicas* de la posibilidad de ser declaradas en concurso. Se plantea, sin embargo, de forma inmediata, la dificultad de delimitar el *alcance* de esta exclusión, dado que el tenor literal de la norma no se corresponde con la tipología de las *Administraciones Públicas* acuñada por la normativa administrativa, que obligaría a tomar en consideración las *Administraciones territoriales* —Administración General del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y entidades que conforman la Administración Local— junto con los «organismos públicos», es decir, las entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de las *Administraciones territoriales* (5). Se trata, entonces, de abordar, desde una perspectiva crítica, la interpretación de esta norma, asumiendo en todo momento que esta labor interpretativa debe estar presidida por un criterio restrictivo, en tanto en cuanto la exclusión de las *Administraciones Públicas* de la posibilidad de ser declaradas en concurso constituye una excepción a una regla general, un verdadero «privilegio» frente a cualquier otro deudor que sólo adquiere pleno *sentido* cuando la Administración actúa como tal de forma inmediata, al margen de sus formas de personificación.

Reflexionemos, pues, sobre el *sentido* y *alcance* de la exclusión de las *Administraciones Públicas* de la posibilidad de ser declaradas en concurso, siendo desde este momento conscientes de que este análisis conducirá a ciertas reflexiones críticas sobre la actual estructura organizativa de las *Administraciones Públicas*.

(5) En efecto, una mínima coherencia con la tipología de *Administraciones Públicas* acuñada, con carácter general, en el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las *Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), y en el artículo 1.2 de la Ley 13/1998, de 25 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), y, para el ámbito estrictamente estatal, en el artículo 1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), y en el artículo 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, hubiera obligado a hacer mención en este artículo tanto a las *Administraciones territoriales* —Administración General del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y entidades que conforman la Administración Local— como a la Administración institucional o, lo que es lo mismo, a las entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de las *Administraciones territoriales*, a las que la LOFAGE identifica bajo el concepto común de «organismos públicos». De hecho, la propia Ley Concursal ha sido fiel a esta terminología al referirse a las «*Administraciones Públicas* y *Organismos públicos de ellas dependientes*» en su papel de acreedores: así, en relación con los supuestos especiales de reconocimiento de créditos (art. 87.2), en relación con la adhesión a la propuesta de convenio (art. 103.4) y respecto del derecho de asistencia (art. 118.4).

2. *Sentido y alcance de la no susceptibilidad de las Administraciones Públicas de ser declaradas en concurso*

- A) *La necesaria interpretación funcional del concepto de «Administraciones Públicas» ante el privilegio de su no sometimiento a la legislación concursal: el privilegio de inembargabilidad de los bienes públicos como referente.*

Ésta es la primera vez que en nuestro ordenamiento se recoge con carácter expreso una regla conforme a la cual las *Administraciones Públicas* no son susceptibles de ser declaradas en concurso (6). La anterior situación de silencio normativo favorecía una interpretación maximalista de esta exención, de modo que todo lo que pudiera ser calificado como *Administración Pública* —siguiendo criterios formales o funcionales— quedaba implícitamente protegido de las reglas sobre quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores. No se derivaba, pues, consecuencia alguna de las situaciones de insolvencia en que incurriera cualquier ente calificable, de forma mediata o inmediata, como «*Administración Pública*».

Así pues, la introducción en la nueva Ley Concursal de la regla cuyo comentario nos ocupa obliga a matizar el *sentido y alcance* de la expresión legal para precisar, más allá de criterios puramente formales, hasta dónde debe alcanzar la exclusión de las *Administraciones Públicas* del ámbito de la Ley Concursal. Y ello, sobre todo, en relación con las personificaciones, públicas o privadas, que desarrollan actividades de carácter comercial o mercantil similares a las que desarrollan los particulares; planteamiento éste que nos lleva a reflexionar, desde una perspectiva más general, sobre algunas disfunciones en la actual configuración del sector público.

Desde un punto de vista material, no parece necesario justificar la no susceptibilidad de las *Administraciones Públicas* de ser declaradas en concurso. La vocación de las *Administraciones Públicas* por la consecución del interés público, consagrada en el artículo 103 de la propia Constitución, justifica por sí misma la necesidad de proteger su integridad patrimonial. Además, el que la declaración de concurso pueda llevar aparejada la disolución, liquidación y extinción de la persona jurídica deudora en los términos de lo dispuesto en los artículos 145.3 y 178.3 de la nueva Ley choca de forma radical con la naturaleza misma de las *Administraciones Pú-*

(6) Efectivamente, en el Derecho que se deroga por la nueva Ley Concursal no existe norma similar a la contenida en el tercer apartado de su artículo 1.º.

blicas entendidas en sentido propio (7). Sin embargo, ante la multiplicación de personas jurídicas instrumentales creadas por las Administraciones Públicas es necesario preguntarse si el privilegio de no ser susceptibles de ser sometidas a declaraciones de concurso alcanza —o debe alcanzar— a todas las personas jurídicas que podrían ser calificadas como *Administración Pública* conforme a un criterio funcional.

Todo ello cobra, además, especial sentido en el contexto de las políticas de «déficit cero», inspiradas —que no forzadas— por las exigencias comunitarias y abanderadas por la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, a la que posteriormente nos referiremos (8).

Argumentos similares a los que han servido históricamente para justificar la inembargabilidad de los bienes de dominio público y comunales pueden servir para insistir en la necesidad de proteger la situación patrimonial de las *Administraciones Públicas* impidiendo la posibilidad de que sean declaradas en concurso. Pero, precisamente por ello, similares razones a las que obligan a matizar los términos absolutos del viejo dogma de la inembargabilidad de ciertos bienes públicos pueden ser útiles a la hora de analizar el *sentido y alcance* de la protección de toda suerte de *Administración Pública* de una posible declaración de concurso.

Es sabido que el viejo dogma de la inembargabilidad encuentra justificación en el respeto debido al funcionamiento de los servicios públicos —entendida esta expresión en sentido amplio, en clara conexión con el principio de eficacia de la actuación administrativa—. Por esta razón, no ha de extrañar que el Tribunal Constitucional haya venido a perfilar el ámbito de este privilegio para excluir del mismo, únicamente, a los bienes patrimoniales no afectados *materialmente* a un uso o servicio público, creando así —a partir de la fa-

(7) Conforme a estos artículos, «*si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviere acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal para proceder de conformidad con lo establecido en esta Ley*» (art. 145.3), mientras que «*en los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica, la resolución judicial que la declare acordará la extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandato conteniendo testimonio de la resolución firme*» (art. 178.3).

(8) Sobre la evolución histórica de las políticas de déficit público y el punto de inflexión que, al respecto, supuso la política comunitaria en la materia, vid. F. PASCUA MATEO, *Las nuevas leyes de estabilidad presupuestaria: aspectos formales y materiales*, en núm. 158 de esta REVISTA, 2002, págs. 119-151, quien recuerda que la Ley 18/2001 se complementa con la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, para responder a las exigencias de Ley Orgánica a la hora de introducir nuevos aspectos en el régimen de cooperación financiera entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

mosa sentencia 166/1998, de 15 de julio— un *tertium genus* de bienes públicos de difícil comprensión (9).

No se trata ahora, evidentemente, de profundizar en el alcance de esta nueva doctrina sobre los bienes, en la que, por otra parte, ha venido a introducir un elemento nuevo el legislador al pretender ampliar el ámbito de aplicación del privilegio de inembargabilidad, en términos —cuando menos— dudosos, en las recientes Leyes 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (10). En el contexto de nuestras reflexiones, de lo que se trata es de constatar que, como consecuencia de esta nueva doctrina, queda claro que no puede hablarse de un privilegio subjetivo y absoluto de inembargabilidad de todos los bienes y derechos de las *Administraciones Públicas*, sino, bien al contrario, de un privilegio objetivo con fundamentación teleológica que es inherente a los bienes y derechos supeditados al cumplimiento de un fin público, con independencia de que estén en posesión de una forma de personificación pública o privada. Planteamiento éste que fue precisamente asumido por una de las primeras Leyes que reguló el procedimiento de quiebra —la Ley de 12 de noviembre de 1869, de quiebra de las Compañías de Ferrocarriles y Obras Públicas— y que sigue sustancialmente vigente en el contexto del Código de Comercio de 1885, algo que resulta especialmente expresivo recordar en el contexto de estas reflexiones (11).

(9) Esta doctrina, dictada en relación con el artículo 154.2 de la Ley 29/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, fue continuada por las sucesivas SSTC 201/1998, de 14 de octubre; 210/1998 y 211/1998, de 27 de octubre, y 228/1998, de 1 de diciembre. Con anterioridad, el ámbito del privilegio había sido limitado a través del mecanismo de la «compensación» en relación con las deudas recíprocas entre Administraciones Públicas, tal y como tuvo ocasión de analizar E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración*, en «REDA», núm. 52, 1986, para defender la ampliación del razonamiento a los supuestos de deudas de particulares frente a las Administraciones Públicas. En general sobre el privilegio de la inembargabilidad, vid. L. A. BALLESTEROS MOFFA, *Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones Públicas*, Colex, Madrid, 2000, y G. FERNÁNDEZ FARRERES, «La posición del Tribunal Constitucional español sobre el privilegio de inembargabilidad de los bienes públicos y la ejecución de sentencias condenatorias de las Administraciones Públicas», en el volumen colectivo *Ejecução contra Fazenda Publica*, Serie «Cuadernos do CEFJ», núm. 23, Brasilia, 2003, págs. 14-40, quien cita en la nota 33 algunos de los múltiples comentarios doctrinales que se han dedicado a esta nueva jurisprudencia.

(10) Los artículos 30 y 23, respectivamente, de sendas Leyes consideran protegidos por el privilegio de la inembargabilidad tanto los «bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública», como «cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados» o, incluso, «cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general».

(11) La Ley de 12 de noviembre de 1869, de quiebra de las Compañías de Ferrocarriles y Obras Públicas, ha sido expresamente derogada por la Disposición derogatoria de la Ley Concursal, así como la Sección VIII del Título I del Libro IV del Código de Comercio

Trasladados este tipo de argumentos al ámbito de la no susceptibilidad de las *Administraciones Públicas* de ser declaradas en concurso, parece que tal privilegio deberá cubrir a las formas de personificación —pública o, incluso, privada— cuyo fin sea de forma inmediata la consecución de un interés público o, manteniendo la expresión que más arriba hemos acuñado, asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, entendidos en sentido amplio. Este planteamiento excluiría de la justificación de la no susceptibilidad de ser declaradas en concurso a cualquier forma de personificación cuyo fin sea meramente el de producción de bienes y servicios con ánimo de lucro en pie de igualdad con los particulares; pero también alcanzaría a justificar las técnicas de intervención de empresas que, si bien no excluyen formalmente la aplicación de la institución concursal, suponen su inaplicación en la práctica.

La anterior conclusión cobra especial importancia en el contexto de la creación instrumental de entes públicos o privados por parte de las Administraciones Públicas cuyo fin original no es otro que la huida del Derecho Administrativo y —en cuanto que esto supone el intento de introducir excepciones a la consiguiente reconducción a las reglas generales del Derecho Privado— la huida del Derecho en general. Este fenómeno, sobradamente conocido (12), cobra, en efecto,

de 1885, relativa a la «Suspensión de pagos y las quiebras de las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas». No obstante, sigue vigente la Sección IX del Título I del Libro II del mismo Código de Comercio de 1885, dedicada a las Compañías de Ferrocarriles y demás obras públicas, en la que se recogen artículos como el 190, conforme al cual «la acción ejecutiva a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento civil respecto a los cupones vencidos de las obligaciones emitidas por las Compañías de ferrocarriles y demás obras públicas, así como a las mismas obligaciones a que haya cabido la suerte de la amortización, cuando la hubiere, sólo podrán dirigirse contra los rendimientos líquidos que obtenga la compañía y contra los demás bienes que la misma posea, *no formando parte del camino o de la obra ni siendo necesarios para la explotación*».

(12) Se puede calificar ya de clásicos algunos de los trabajos que se han referido a este fenómeno de la «huida del Derecho Administrativo». Sin perjuicio de referentes anteriores —como el pionero estudio de M. F. CLAVERO ARÉVALO, *Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas*, en «DA», núm. 58, 1962, págs. 13-36—, consideramos que el primer trabajo de referencia en la materia es el artículo de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Las empresas públicas: reflexiones en el momento presente*, en núm. 126 de esta REVISTA, 1991, posteriormente incluido en *El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 183-184, al que siguió años más tarde *Reflexiones sobre la «huida» del Derecho Administrativo*, en núm. 140 de esta REVISTA, 1996, págs. 46 y ss. Sobre la misma senda discurren los trabajos de J. M. SALA ARQUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, en «REDA», núm. 75, 1992, págs. 380 y ss.; S. DEL SAZ, «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en C. CHINCHILLA MARÍN, B. LOZANO CUTANDA y S. DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, y *La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, en núm. 133 de esta REVISTA, 1994, págs. 57 y ss.; F. GARRIDO FALLA, «Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas», en A. PÉREZ MORENO (coord.), *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO*, Civitas, Madrid, 1994, tomo I, págs. 27-45, quien habla de «apostasía del Derecho Administrativo», y, en la misma obra,

especial interés cuando se trata de analizar la exclusión de las *Administraciones Públicas* del ámbito de aplicación de la legislación concursal, puesto que la búsqueda de fórmulas de flexibilización de las constricciones propias de las formas administrativas puras —especialmente para el desarrollo de actividades económicas— no puede conducir a que la Administración se niegue a sí misma, pero tampoco a que se prevalezca de las especialidades de su propia naturaleza para falsear las condiciones de un mercado libre.

B) *Alcance de la falta de capacidad concursal de las Administraciones Públicas: en especial, el caso de las entidades públicas empresariales y las sociedades de capital público.*

Para concretar las consecuencias de nuestro planteamiento, resulta especialmente útil acudir a la delimitación del «sector público» perfilada en el artículo 2 de la ya mencionada Ley General de Estabilidad Presupuestaria (13), cuyo objeto —en los términos de su propio artículo 1— es establecer los principios rectores a los que deberá adecuarse la política presupuestaria de aquél con el fin de conseguir el objetivo de la estabilidad en el marco de la Unión Económica y Monetaria. Como es sabido, este objetivo se ha concretado de forma más estricta en el ansiado «déficit cero», y ello a pesar de que las exigencias comunitarias limitan a un máximo del 3% del PIB el déficit asumible por los Estados miembros en el contexto de las políticas de convergencia económica.

Conviene advertir, sin embargo, que sólo asumiremos la delimitación que hace la Ley General de Estabilidad Presupuestaria del «sector público» como mero referente. Y ello por una sencilla razón: porque, a los efectos del cómputo del déficit público en el contexto de las políticas de convergencia europea, se introduce una distinción entre determinados entes públicos —según se financien o no, mayoritariamente, con ingresos comerciales— (14), que viene a consa-

J. L. VILLAR PALASÍ, «Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas», tomo I, págs. 151-184, y F. LÓPEZ MENUDO, «El Derecho administrativo como Derecho “especial” y “excepcional” de algunos entes públicos. Consecuencias», tomo I, págs. 543-574, y, finalmente, J. C. LAGUNA DE PAZ, *La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo*, en núm. 136 de esta REVISTA, 1995, págs. 201 y ss.

(13) No asumimos, pues, como referencia la configuración que ha hecho con posterioridad la nueva Ley General Presupuestaria, por referirse exclusivamente al «sector público estatal», al que clasifica en su artículo 3 en administrativo, empresarial y fundacional.

(14) En los términos literales del apartado primero de este artículo, «a los efectos de la presente Ley, el sector público se considera integrado por los siguientes grupos de agentes:

grar, precisamente, ciertos modelos de organización pública que debemos criticar a la luz de las previsiones de la nueva Ley Concursal. En ello haremos hincapié en su momento, pero conviene tenerlo presente desde ahora.

1) En el marco del razonamiento que venimos defendiendo, es obvio que deben considerarse efectivamente eximidas de la posibilidad de ser sometidas a un procedimiento de concurso las Administraciones territoriales, es decir, la Administración General del Estado, la Administración de las Comunidades Autónomas y la Administración Local.

2) También deben ser excluidas de la posibilidad de ser declaradas en concurso las llamadas «Corporaciones sectoriales de base privada» o, en la terminología de la Disposición transitoria primera de la LRJPAC, las «Corporaciones de Derecho Público». Sin entrar en la discusión doctrinal sobre su naturaleza jurídica —pública o privada— (15), lo que parece claro es que hay un interés público en su existencia —amparada constitucionalmente en el caso de los Colegios Profesionales (16)—, interés público que se manifiesta de forma particular en las funciones de carácter público que desarrollan. De este modo, recuperando el planteamiento original conforme al cual la no susceptibilidad de las *Administraciones Públicas* de ser declaradas en concurso

a) La Administración General del Estado, los Organismos autónomos y los demás entes públicos dependientes de aquella, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, así como los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado. b) Las Entidades que integran el Sistema de la Seguridad Social. c) La Administración de las Comunidades Autónomas, así como los entes y Organismos públicos dependientes de aquella, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales. d) Las Entidades Locales, los Organismos autónomos y los entes públicos dependientes de aquella, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales».

(15) Como es sabido, el Tribunal Constitucional, respecto de los Colegios Profesionales, ha asumido la calificación de los mismos que apuntara T. R. FERNÁNDEZ, *Derecho administrativo, Sindicatos y autoadministración*, IEAL, Madrid, 1972, al considerarlos en su sentencia 123/1987, de 15 de julio, como «corporaciones sectoriales de base privada, esto es, corporaciones públicas por su composición y organización, que, sin embargo, desarrollan una actividad que en gran parte es privada, aunque tengan atribuidas por la ley, o delegadas, algunas funciones públicas». Respecto a la discusión doctrinal sobre su naturaleza jurídica, vid. A. FANLO LORA, «Encaadre histórico y constitucional. Naturaleza y fines. La autonomía colegial», en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Unión-Profesional-Civitas, 1996, págs. 92-98. Este planteamiento es reiterado por el Tribunal en sentencias posteriores —como la 89/1989, de 11 de mayo; la 113/1994, de 14 de abril, y la 179/1994, de 16 de junio— en relación con las Cámaras Oficiales de Industria, Comercio y Navegación. Sobre estas Cámaras, vid. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Funciones de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación*, en «REDA», núm. 90, 1996, págs. 185 y ss., y J. TORNOS MAS, «Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación», en A. PÉREZ MORENO (coord.), *Administración instrumental... ob. cit.*, tomo I, págs. 787-803.

(16) Vid. artículo 36 de la Constitución.

sólo debe cubrir a las formas de personificación cuyo fin sea de forma inmediata la consecución de un interés público, debemos concluir que este privilegio ha de extenderse también a estas Corporaciones.

3) Mayores problemas plantea la consideración de algunos organismos públicos dependientes de las Administraciones territoriales en lo que se refiere a su capacidad concursal: si no en relación con los «organismos autónomos», sí respecto de algunas «entidades públicas empresariales», asumiendo la clasificación contenida en el artículo 43 de la LOFAGE.

En el ámbito de la Administración General del Estado, no ha de haber dudas a la hora de asumir la no susceptibilidad de los «organismos autónomos» para ser declarados en concurso. A ellos habría que sumar los que la propia Ley General de Estabilidad Presupuestaria califica en su artículo 2.1.a) como «*órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado*», entre los que deben tomarse en consideración ciertas entidades que se rigen por su legislación específica, aunque quedan excluidas de la aplicación directa de la LOFAGE a pesar de calificarlas como «organismos públicos». Se trata de lo que se ha venido en llamar «entes apátridas», y que en más de un supuesto pueden ser identificados bajo el heterogéneo concepto de «Administraciones independientes» —como es el caso del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones— (17).

Un caso especial dentro de esta categoría es el del Ente Público Radiotelevisión Española, creado por el artículo 5 de la Ley 4/1989, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión, en cuanto que es titular de dos sociedades anónimas, «Televisión Española, S.A.» y «Radio Nacional de España, S.A.», que prestan los servicios públicos de televisión y radiodifusión en competencia con concesionarios privados. A las particularidades de este supuesto nos referiremos con posterioridad.

Algunas reticencias cabrían, sin embargo, a la hora de asumir idéntica conclusión en relación con las «entidades públicas empresariales», si no en su formulación teórica, sí en la forma en que se ha venido utilizando esta figura en la práctica con no poca frecuencia. Lo mismo aplicaría en relación con las «Fundaciones Públicas Sanitarias» en los términos de lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (18).

(17) Vid. Disposiciones adicionales octava, novena y décima de la LOFAGE.

(18) Estas fundaciones seguirán rigiéndose por su normativa específica en atención a lo previsto en la Disposición adicional tercera de la nueva Ley de Fundaciones —Ley

Un problema se plantea, en efecto, a la hora de asumir la falta de capacidad concursal de las entidades públicas empresariales aun en los casos en que desarrollen actividades económicas en competencia con particulares. Asumiendo un punto de vista formal, el hecho de que se trate de personas jurídico-públicas impediría admitir que puedan ser declaradas en concurso en ningún caso, tal y como se deduce de los términos taxativos de la propia Ley Concursal en el precepto que comentamos (19) y del artículo 64 de la LOFAGE, el cual no menciona el procedimiento concursal entre las posibles causas de extinción y liquidación de los «organismos públicos». El sentido último de tal exclusión se encuentra en el dato común a todos los organismos públicos —incluidas, pues, las entidades públicas empresariales— de que ejercen potestades públicas (20). No son pocos, sin embargo, los supuestos en los que se crean entidades públicas empresariales con la única finalidad de desarrollar actividades de producción de bienes y servicios en competencia con particulares, sin atribuirles potestad pública alguna. Se trata, pues, de supuestos en los que se abusa de la creación de personificaciones públicas para defender la posición del poder público como gestor empresarial en perjuicio de las condiciones del mercado, situación que se ve agravada cuando se repara en el dato de que son precisamente las entidades públicas empresariales que se financien mayoritariamente con ingresos comerciales las que quedan fuera del cómputo del déficit público en los términos del artículo 2.2 de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (21).

50/2002, de 26 de diciembre—, en cuyos términos literales «*las fundaciones públicas sanitarias a que se refiere el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, seguirán rigiéndose por su normativa específica*». Sobre estas fundaciones pueden consultarse M. MARCO VAQUER, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 49; L. MORELL OCAÑA y A. RUIZ OJEDA, «La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el Derecho Público», en *Manual de Fundaciones*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 260-261; J. L. PIÑAR MAÑAS, *Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones*, en «REDA», núm. 97, 1998, págs. 59-60, y J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución española*, en núm. 155 de esta REVISTA, 2001, págs. 139-145.

(19) Recordemos que la fórmula legal prescribe que «*no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público*».

(20) Conforme a lo dispuesto en el artículo 53.2 de la LOFAGE, «*las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria*», mientras que el artículo 54.1 se refiere expresamente al «*ejercicio de potestades administrativas*» para prescribir que «*las potestades administrativas atribuidas a las entidades públicas empresariales sólo pueden ser ejercidas por aquellos órganos de éstas a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad*».

(21) De hecho, el legislador —en el artículo 2.2 de la Ley de Estabilidad Presupuestaria— asume expresamente la posibilidad de que entidades públicas empresariales incurran

Paradigmático a este respecto es el caso de la entidad pública empresarial RENFE-Operadora, recientemente creada por la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, como escisión de la antigua RENFE (22). Esta nueva entidad pública está habilitada *ex lege* para la prestación de los servicios de transporte ferroviario, actividad que desarrollará en exclusiva cuando se trate del servicio de transporte de viajeros —siempre y en todo caso—, pero en la que concurrirá con empresarios privados en los supuestos de transporte internacional de mercancías (23). En relación con la prestación de este servicio abierto a la competencia, el principio de igualdad de trato entre operadores económicos públicos y privados se resiente en un doble plano: no sólo porque RENFE-Operadora se ve eximida de cumplir todos los requisitos exigidos a los aspirantes a obtener una «licencia de empresa ferroviaria» —no casualmente en lo que se refiere a la exigencia de revestir forma de sociedad anónima (24)—, sino, sobre todo, por lo que a nosotros más nos interesa, por cuanto su propia personalidad jurídico-pública le asegura la financiación procedente de presupuestos públicos —aunque tasada en razón del cumplimiento de obligaciones de servicio público— (25), amén de

en situaciones de déficit, siempre que presten servicios o produzcan bienes que se financien mayoritariamente con ingresos comerciales; supuesto que vendrá a coincidir, precisamente, en la mayoría de los casos, con aquellas entidades que actúan en competencia. A estas entidades, a las que no es de aplicación plena la Ley, sólo se les aplicarán medidas excepcionales en el caso de que «incurran en pérdidas que afecten al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria», en cuyo caso deberán elaborar un informe de gestión y, en su caso, un plan de saneamiento a medio plazo, en el que se indiquen las medidas correctoras de carácter económico-financiero que deban adoptar sus órganos rectores (art. 18).

(22) En efecto, conforme prescribe el apartado 1 de la Disposición adicional tercera de la Ley del Sector Ferroviario, «se crea la entidad pública empresarial RENFE-Operadora, como organismo público de los previstos en el artículo 43.1.b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. RENFE-Operadora tiene personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar y patrimonio propio, y está adscrita al Ministerio de Fomento. (...)». Obsérvese que, en todo caso, estas previsiones no entrarán en vigor hasta el 31 de diciembre de 2004, en atención a lo previsto en el Real Decreto-Ley 1/2004, de 7 de mayo, por el que se aplaza la entrada en vigor de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, cuya convalidación fue acordada por el Congreso de los Diputados el 20 de mayo de 2004 («BOE» núm. 127, de 26 de mayo).

(23) Tal y como ha previsto el apartado 3 de la misma Disposición adicional tercera, «la entidad pública empresarial RENFE-Operadora estará habilitada para la prestación del servicio de transporte ferroviario de mercancías, sin perjuicio de lo previsto en el apartado siguiente. (...) Asimismo, gestionará el servicio de transporte ferroviario de viajeros en los términos que se señalan en la disposición transitoria cuarta».

(24) En efecto, tal y como ha dispuesto el apartado 4 de la Disposición adicional tercera de la nueva Ley, «en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, la entidad pública empresarial RENFE-Operadora deberá cumplir las exigencias establecidas en el artículo 45 de la misma, salvo lo establecido en el punto 1.º de dicho artículo en cuanto a revestir la forma de sociedad anónima, y solicitar la correspondiente licencia».

(25) Efectivamente, el apartado 7 de la Disposición adicional tercera de la Ley del Sector Ferroviario menciona entre «los recursos de RENFE-Operadora», amén de «los ingresos ordinarios y extraordinarios obtenidos con el ejercicio de su actividad» —ap. a)—, de los «recursos financieros procedentes de operaciones de endeudamiento, cuyo límite anual será fi-

protegerle de la eventualidad de ser declarada en concurso. Eventualidad ésta que, lejos de ser teórica, parecería irremediable si se repara en el hecho de que la nueva entidad debe asumir, en la parte que le corresponda, la deuda histórica de su antecesora RENFE (26). La paradoja última, sin embargo, se manifiesta en el hecho de que tal deuda no computará a efectos del cálculo del déficit público en la medida en que RENFE se financie mayoritariamente a través de ingresos comerciales.

Un dato a no olvidar, en el contexto de lo anterior, es que, en el nuevo marco legal, no puede mantenerse que RENFE-Operadora ejerza potestades públicas —justificación última de su configuración como organismo público—, al menos por lo que se refiere a la prestación de servicios de transporte en régimen de competencia. Por ello, cuando todos los servicios de transporte queden liberalizados, debería optarse por convertir a la entidad pública empresarial en una sociedad mercantil —como de hecho ha ocurrido, como consecuencia de un proceso similar, en el caso de Correos y Telégrafos (27)—. Transitoriamente, debería actualizarse la previsión contenida en el apartado diez de la Disposición adicional tercera de la nueva Ley y, en su apli-

jado en las respectivas leyes de Presupuestos Generales del Estado» —ap. b)—, «los productos y rentas derivados de su participación en otras entidades» —ap. f)— y «cualquier otro recurso que pueda corresponderle por Ley o le sea atribuido por convenio o por cualquier otro procedimiento legalmente establecido» —ap. g)—, determinados recursos de origen público, como «las subvenciones que, en su caso, pudieran incluirse en los Presupuestos Generales del Estado» —ap. c)— y «las subvenciones, aportaciones y donaciones que se concedan a su favor, procedentes de fondos específicos de la Unión Europea, de otras Administraciones Públicas, de Entes Públicos y de particulares» —ap. d)—. El apartado 13 de la misma Disposición precisa, además, como no podía ser de otra forma, que «el régimen presupuestario, el económico financiero, el de contabilidad, el de intervención y el de control financiero de la entidad pública empresarial RENFE-Operadora, serán determinados en su Estatuto conforme a lo establecido en el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre».

(26) En efecto, tal y como prescribe al apartado 12 de la Disposición adicional tercera de la Ley del Sector Ferroviario, «la entidad pública empresarial RENFE-Operadora asumirá la deuda que la entidad pública empresarial Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles hubiera contraído con ocasión de la adquisición, el mantenimiento y el funcionamiento del material rodante y de cualesquiera otros servicios relacionados con éste. (...)». Esta deuda histórica se presenta, en consecuencia, como un lastre comercial considerable al que no pueden hacer frente, al menos de forma inmediata, las intenciones del legislador cuando precisa en el apartado 6 de la misma Disposición que «se incorporan al patrimonio de RENFE-Operadora todos los bienes muebles e inmuebles de RENFE que sean necesarios para la prestación del servicio de transporte ferroviario o que se estimen convenientes para garantizar su equilibrio financiero».

(27) Efectivamente, mediante el artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos fue convertida en la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. No se puede ocultar que tal conversión incorporó incoherencias notables, como la que supone el que la nueva sociedad estatal tenga adscrito personal funcionario respecto del que ejerce todas las potestades administrativas en materia funcional, tal y como recuerda M.^a del M. VILLAGRASA ROZAS, *Los servicios postales en un entorno liberalizado: el caso de España*, en «REDA», núm. 118, 2003, págs. 220-225.

cación, crearse en el seno de la entidad pública empresarial una sociedad anónima cuyo objeto sea la prestación, en competencia, de los servicios de transporte internacional de mercancías (28). Propuesta ésta que nos obliga a plantearnos una última pregunta en relación con la susceptibilidad de las *Administraciones Públicas* de ser declaradas en concurso: ¿tienen capacidad concursal las sociedades mercantiles públicas? Sobre esta cuestión pasamos a reflexionar inmediatamente.

4) Siguiendo un criterio puramente formal, las «sociedades mercantiles estatales» reguladas en la Disposición adicional decimosegunda de la LOFAGE, modificada por la reciente Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (29), y las que puedan constituirse en el ámbito autonómico y local, así como las fundaciones en mano pública a las que se refiere el artículo 8.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (30), quedarían por primera vez expresamente expuestas a la aplicación de la normativa concursal. Y ello a pesar de poder ser calificadas, aun indirectamente, como «Administraciones Públicas» desde una perspectiva material. Así se deduce, de forma inmediata, del hecho de que no las mencione el precepto que comentamos, cuya interpretación —no lo olvidemos— debe ser restrictiva al tratarse de una excepción a la regla general.

(28) Esta Disposición versa como sigue: «La entidad RENFE-Operadora podrá crear, en su seno, sociedades anónimas cuyo objeto social coincida, total o parcialmente, con las funciones propias de sus unidades de negocio o áreas corporativas. En tal caso, desaparecerá o se modificará, en consonancia, la unidad de negocio o el área operativa correspondiente».

(29) En la Disposición adicional duodécima de la LOFAGE ha introducido un nuevo apartado 2 la Disposición final primera de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de modo que queda redactado como sigue: «1. Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa **presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero** y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. 2. Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, se regirán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la **normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación**». A estos efectos, la distinción entre «sociedades mercantiles estatales» que se deduce de esta modificación no es, pues, relevante.

(30) Conforme a lo dispuesto en este artículo, «las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario». No hay que descartar que en fundaciones creadas por personas jurídico-públicas lleguen a concurrir los requisitos objetivos para ser sometidas a un procedimiento de concurso, máxime teniendo en cuenta que, en los términos de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la nueva Ley de Fundaciones, «las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia» y que «podrán intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades (...); y ello a pesar de que el apartado 2 del mismo artículo excluye la posibilidad de que las fundaciones puedan «participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales».

La anterior conclusión es capital y viene a reforzar un cambio de orientación que se había producido últimamente en la regulación del régimen económico-financiero de las sociedades públicas con el fin de responder al dato fundamental de que —al menos, en principio— desarrollan actividades económicas en pie de igualdad con los particulares. Y ello porque el silencio de la norma anterior facilitaba que, aunque *ex iure* se pudiera llegar a afirmar la susceptibilidad de las «empresas públicas» —entendidas en sentido amplio— de ser sometidas a procedimientos concursales, tal posibilidad quedara descartada *de facto* a través del control de su estado financiero en el contexto de los presupuestos públicos.

Efectivamente, a través de los presupuestos públicos, los déficits generados por la mala gestión empresarial de los poderes públicos se han visto tradicionalmente enjuagados en claro perjuicio de la libre competencia. De este modo, era posible evitar que llegaran a concurrir los presupuestos objetivos que podrían justificar una declaración de concurso. Ante esta situación había reaccionado ya el Real Decreto-Ley 15/1997, de 5 de septiembre, al modificar la Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de Derecho Público, en la parte referida al régimen jurídico y de patrimonio de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, creada como entidad de Derecho Público para gestionar el sector público empresarial del Estado (31), que queda así constituida como «*accionista único carente de apoyo presupuestario (...) llamado a comportarse como un inversor privado en la administración de las participaciones industriales, ya fueran rentables o deficitarias*» (32). La restrictiva redacción del artículo 1.3 de la nueva Ley Concursal viene, pues, a abundar en este planteamiento.

En este contexto es inevitable hacer mención a la muy peculiar situación en que se encuentran el Ente Público Radiotelevisión Española y las sociedades mercantiles estatales creadas por él para la prestación de los servicios de radiodifusión y televisión. Las últimas

(31) Conforme a la nueva redacción legal dada al artículo 12.4 de la Ley 5/1996, «*la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales y las sociedades participadas por ésta no podrán percibir subvenciones, avales ni subrogaciones de deuda, ampliaciones de capital ni cualquier otro tipo de aportaciones equivalentes, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales, a menos que provengan de conceptos de subvenciones y ayudas que estas sociedades puedan obtener en las mismas condiciones que otros posibles beneficiarios y de acuerdo con las normas que las regulan*». Téngase en cuenta que, en los términos de lo previsto en la Disposición transitoria cuarta de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en el plazo de un año desde su entrada en vigor deberá presentarse un proyecto de ley que adapte la regulación de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales a los principios y conceptos de la propia Ley de Patrimonio, «*sin perjuicio de sus especialidades*». Nada se ha previsto, sin embargo, en la nueva Ley de Patrimonio que contradiga el precepto transcrito.

(32) En palabras del propio legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2001, de 14 de mayo, de modificación de la Ley de Patrimonio del Estado.

iniciativas dirigidas a reducir su déficit crónico —iniciadas por la que, muy discutiblemente, ha supuesto su adscripción a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (33)— no han venido sino a ahondar en las razones que hacen insostenible el actual sistema de doble financiación —pública y privada— de los medios de comunicación de titularidad pública (34). Este sistema es, de hecho, contrario a la libre competencia que es objeto de garantía en el seno de la Unión Europea y ha sido por ello denunciado ante las instancias europeas, de modo que se hace inevitable articular un sistema que permita identificar los «*contenidos de servicio público*» que justifiquen las aportaciones públicas a recibir por los medios de comunicación públicos y, por qué no, también, privados (35). Así lo defiende, de hecho, la Comisión Europea en su Comunicación de 17 de octubre de 2001, *sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión* (36).

Todo el planteamiento anterior se resiente, sin embargo, cuando se aplica a ciertas sociedades mercantiles que se han venido creando últimamente para el desarrollo de determinadas funciones netamente públicas tan variadas como la construcción y explotación de carreteras (37), o de obras hidráulicas (38), o de centros penitenciarios (39),

(33) Vid. artículo 60 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, conforme al cual «*se adscribe a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales el ente público Radiotelevisión Española. La Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, con pleno respeto a los principios de autonomía, pluralidad y neutralidad establecidos por la Ley 4/1980, de 10 de enero, por la que se aprueba el Estatuto del ente público Radiotelevisión Española, y sin perjuicio de las competencias atribuidas por dicho Estatuto al Director general y al Consejo de Administración del ente, ejercerá las funciones establecidas en la Ley 5/1996, de 10 de enero, de Creación de Determinadas Entidades de Derecho Público*».

(34) Vid. a este respecto nuestras reflexiones en M. CARLÓN RUIZ, *Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías*, La Ley, Madrid, 2000, págs. 183-187, y la bibliografía allí citada.

(35) Una solución en este sentido está implícita en las previsiones del Protocolo núm. 32 incorporado al Tratado de Amsterdam, *Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros*, en el que se da cobertura a las decisiones de los Estados miembros de financiar el servicio público de radiodifusión en atención a las «*necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad*» y a la «*necesidad de preservar el pluralismo de los medios de comunicación*». En este Protocolo se da cobertura a la posibilidad de cada Estado de financiar con fondos públicos «*el servicio público de radiodifusión en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público, tal y como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro*», con lo que no parece querer prejuzgarse la titularidad, pública o privada, de aquellos organismos de radiodifusión.

(36) Vid. «DOCE» C 320/5, de 15 de noviembre de 2001, y la glosa que de ella hace G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a lo audiovisual. Reflexiones sobre la ordenación de la televisión*, págs. 168-175.

(37) Vid. artículo 158.3 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Sobre estas sociedades estatales, vid. E. CARBONELL PORRAS, «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?», en L. COSCULLUELA MONTANER (dir.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje*

o el desarrollo de obras de urbanización (40), o la ejecución de obras e infraestructuras de modernización y consolidación de los regadíos (41). No se trata, en efecto, de sociedades mercantiles que desarrollen actividades industriales o comerciales en competencia con los particulares, sino de sociedades que se crean instrumentalmente para el desarrollo de funciones públicas como una manifestación más del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo. Precisamente por ello, teniendo en cuenta que estas personas jurídico-privadas desarrollan funciones públicas, podríamos plantearnos si a ellas no debería alcanzarse el privilegio de no sujeción a ser sometidas a procedimiento concursal, en plena coherencia con el razonamiento funcional, y no formal, del que partimos en la interpretación de aquel privilegio (42).

No se ocultan las graves dificultades que supondría aceptar que

al Prof. Dr. D. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, Civitas, Madrid, 2003, págs. 380-394, quien destaca que los convenios por los que el Consejo de Ministros les encomienda las obras correspondientes son contrarios a la legislación de contratos nacional y comunitaria.

(38) El origen último de estas sociedades, que vienen a ejecutar funciones consustanciales a las Confederaciones Hidrográficas, está en el mismo artículo citado en la nota anterior en relación con las sociedades creadas para la construcción de carreteras. Posteriormente, tal previsión fue integrada en el Texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, ampliándose el objeto social de estas sociedades a la «*adquisición de obras hidráulicas*» (art. 132, ampliado por el art. 91 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social). Vid. E. MALARET I GARCÍA, «Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas», en A. EMBID IRUJO, *El nuevo Derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 97 y ss.; S. MARTÍN-RETORTILLO, *Las obras hidráulicas en la Ley de Aguas*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 77 y ss., y A. EMBID IRUJO, «Las sociedades estatales para la construcción, explotación, adquisición y... de obras públicas hidráulicas. Nuevas reflexiones», en L. COSCULLUELA MONTANER (dir.), *Estudios de Derecho Público Económico...*, *ob. cit.*, págs. 285-304, quien plantea las dificultades de aplicar a estas sociedades, aun parcialmente, legislación administrativa —como en los aspectos contractuales— cuando se trata de «personas jurídicas puramente privadas», así como de que se les atribuyan funciones como la gestión de recursos hídricos, que implican el ejercicio de potestades de Derecho Público (en especial, págs. 294-295), o que pasen a ser titulares efectivos de bienes de dominio público si adquieren, efectivamente, obras hidráulicas públicas (págs. 295-297).

(39) La Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. ha sido creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de febrero de 1992.

(40) Vid. E. ARANA GARCÍA, *Las sociedades municipales de gestión urbanística*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

(41) El artículo 99 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, crea, en efecto, la figura de las sociedades mercantiles estatales para la ejecución de obras e infraestructuras de modernización y consolidación de regadíos.

(42) En ello redundaría, además, la ampliación del ámbito de aplicación del principio de inembargabilidad de los bienes públicos reflejado en los artículos 23 de la nueva Ley General Presupuestaria y 30 de la de Patrimonio de las Administraciones Públicas, ya transcritos, conforme a los cuales aquel privilegio alcanza a los valores y títulos representativos del capital de sociedades estatales «*que ejecuten políticas públicas*» o, simplemente, «*que presten servicios de interés económico general*», aun cuando hay que observar que en esta formulación el privilegio se refiere a la inembargabilidad de los títulos y valores respecto de la sociedad por parte de la Administración Pública matriz, y no de los propios bienes de la sociedad pública.

una forma de personificación jurídico-privada disfrute de un privilegio sólo justificado en relación con las *Administraciones Públicas* en sentido propio, con lo que se reconoce un nuevo argumento para dudar de la legitimidad de la creación de este tipo de sociedades públicas con vocación inmediata de ejercicio de funciones públicas. Ya algunos autores han apuntado en este sentido al analizar el régimen de contratación de estas sociedades mercantiles (43), destacando la incoherencia de las técnicas que pretenden reconducir al Derecho Administrativo, al menos parcialmente, el régimen de contratación de estas sociedades privadas a través de la teoría de los actos separables al prever la Disposición adicional sexta del TRLCAP que la contratación de las sociedades de capital público debe cumplir con los principios de publicidad y concurrencia (44).

Mediante el expediente de reconducir, parcialmente, al régimen de contratación pública la actividad contractual de estas sociedades privadas, se pretende embridar una nueva manifestación del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo que, simple y llanamente, viene a chocar frontalmente con un principio elemental de la organización administrativa que impediría depositar en formas de personificación jurídico-privadas —tanto sociedades como fundaciones— el ejercicio de funciones públicas. Este principio ha encontrado, de hecho, expresión —aun cuando sea para el ámbito de la Administración General del Estado (45)— en la Disposición adicional duodécima de la LOFAGE, que afirma taxativamente, en su primer apartado, que las sociedades mercantiles de capital público *«en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad*

(43) Vid. expresamente en el sentido indicado B.-F. MACERA, *La sujeción a control contencioso-administrativo del «feri» de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas: un remedio improcedente a una técnica privatizadora ilegítima*, en núm. 155 de esta REVISTA, 2001, págs. 237 y ss., quien cita expresamente las reflexiones que en sentido semejante hiciera con anterioridad J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *¿Sociedades públicas para construir y contratar obra pública? A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997*, en núm. 144 de esta REVISTA, 1997, págs. 45-73.

(44) Esta Disposición, en su redacción anterior a la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, versaba como sigue: *«Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios»*. La nueva redacción —como veremos en la nota 53— restringe esta regla a las sociedades mencionadas en el artículo 2.1 de la Ley, es decir, a las sociedades de Derecho Privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

(45) Conviene tener presente, con B. NOGUERA DE LA MUELA, *El ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, 2000, que esta Ley no es de aplicación a las Comunidades Autónomas, de modo que sería conveniente que se recogiese una norma similar en la legislación básica del Estado sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas, aprobada en el marco de lo dispuesto en el artículo 149.1.18.ª CE.

pública», sin que parezca posible entender que este criterio deje de ser aplicable a las «*sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos*», reguladas expresamente en el apartado 2 de la misma Disposición, introducido por la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (46).

No se debe ocultar, sin embargo, que esta opción organizativa ha encontrado respaldo jurisprudencial. Si en el ámbito nacional el Tribunal Supremo ha venido a respaldar la legalidad de la creación de las sociedades para la construcción de obras hidráulicas (47), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha resuelto últimamente varios asuntos condenando a España en relación con la transposición de las Directivas de contratación pública en un sentido que, de forma indirecta, podría entenderse que viene a consagrar la opción organizativa que criticamos.

Efectivamente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dictado recientemente dos sentencias —el 15 de mayo de 2003, en el asunto C-214/2000 (48), y el 16 de octubre de 2003, en el asunto C-283/00 (49)— que han venido a confirmar una jurisprudencia anterior (50) al condenar al Estado español por no haber transpuesto correctamente las Directivas comunitarias en materia contractual en lo que se refiere al régimen de contratación de las «*sociedades*

(46) Recordemos que, conforme al nuevo apartado 2 de la Disposición adicional duodécima de la LOFAGE, estas sociedades estatales «*se regirán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación*».

(47) Vid. STS de 16 de abril de 2001 (Aranz. 4486).

(48) La sentencia del TJCE de 15 de mayo de 2003, dictada en el asunto C-214/00, condena al Estado español por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/665/CEE, al no haber extendido algunas de sus previsiones a las «*sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y que cumplan los demás requisitos exigidos a los organismos públicos*». Esta sentencia ha sido comentada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al derecho público y a medidas cautelares Contencioso-Administrativas. La sentencia Comisión c. España, C-214/00, de 15 de mayo de 2003*, en «REDA», núm. 119, 2003, págs. 471-490, quien defiende que debería modificarse la LOFAGE como consecuencia de esta jurisprudencia, sin concretar el sentido de esta reforma.

(49) Posteriormente, la sentencia de 16 de octubre de 2003, dictada en el asunto C-283/00, condenó también al Estado español por incumplimiento de la Directiva 93/37/CEE al no haber sometido al conjunto de sus disposiciones una determinada licitación convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., de la que afirma el Tribunal expresamente que «*responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b)*, de la Directiva 93/37».

(50) No han sido éstas, en efecto, las primeras ocasiones en las que el Tribunal de Justicia condena al Estado español por semejantes razones (vid. al respecto B. NOGUERA DE LA MUELA, *El ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 42-46).

de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil».

Esta expresión —que, por sí misma, tiene mucho de paradójico y viene a describir, precisamente, las formas organizativas cuya creación criticamos— procede de los artículos 1.b) de las Directivas 92/50/CEE, sobre contratos de servicios; 93/36/CEE, sobre contratos de suministros, y 93/37/CEE, sobre contratos de obras. Los citados artículos mencionan como «entidad adjudicadora» a los «organismos de Derecho público», que son descritos sin prejuzgar si su personalidad es pública o privada al identificarlos con todo organismo **«creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; dotado de personalidad jurídica y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, de cuyos miembros más de la mitad sean designados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público».**

En nuestra opinión, el que el Derecho comunitario asuma un criterio funcional —basado en el llamado «efecto útil»— a la hora de delimitar el concepto de «poder adjudicador» en el contexto de las Directivas sobre contratación, obviando el criterio formal de la personalidad jurídico-pública (51), no supone por sí mismo que se bendiga —o se condene— a nivel interno la posibilidad de crear formas de personificación privada para el ejercicio de funciones públicas. Jugarían a estos efectos los principios de subsidiariedad y neutralidad, sin que tal jurisprudencia impida seguir defendiendo la ilegitimidad de tal opción organizativa por las disfuncionalidades que genera. Piénsese, además, que la lógica que justifica la amplia concepción de la «entidad adjudicadora» en el contexto de la normativa comunitaria sobre contratación pública llega a abarcar a entidades privadas sin ninguna vinculación con las Administraciones Públicas cuando se trata de regular la contratación en los —hoy, mal— llamados «sectores excluidos» (52).

(51) A esta cuestión se refieren ampliamente J. M.^a BAÑO LEÓN, *La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, en núm. 151 de esta REVISTA, 2000, págs. 12 y ss.; B. NOGUERA DE LA MUELA, *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, *ob. cit.*, y, más recientemente, J. M.^a GIMENO FELIÚ, *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 43-83.

(52) Vid. el artículo 2.4 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, y, en general, sobre el ámbito de aplicación de esta norma, V. LÓPEZ-IBOR MAYOR

Debemos, en consecuencia, lamentar que la citada jurisprudencia europea no haya inspirado una reflexión crítica sobre este modelo organizativo. Bien al contrario, la doble condena al Estado español se ha traducido en una nueva redacción del artículo 2.1 y —correlativamente— de la Disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, introducida por el artículo 67 de la Ley 62/2003, de 30 de noviembre, y conforme a la cual queda plenamente sometida al ámbito de aplicación de la Ley de Contratos parte de la actividad contractual de las «*sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil*», manteniéndose para el resto de su actividad contractual el régimen de los actos separables (53).

5) Finalmente, en plena coherencia con todo lo anterior, no cabe descartar, a pesar de que pueda parecer contradictorio, que ciertas personificaciones privadas deban quedar eximidas —si no formalmente, *de facto*, a través de los instrumentos presupuestarios— de la aplicación de la Ley Concursal cuando existan razones de interés general, de contenido no estrictamente económico, que lo avalen. En este planteamiento encajaría la práctica de la intervención de empresas en quiebra por razones de interés general no estrictamente económicas, posibilidad que viene avalada por el propio texto constitucional en su artículo 128.2, siempre que el ejercicio de tal facultad extraordinaria no entre en contradicción de otros principios constitucionales básicos, como el reconocimiento del derecho a la libertad de empresa «*en el marco de una economía de mercado*», tal y como ha sido consagrado en el artículo 38 de la Constitución.

(coord.), *La contratación pública en los llamados sectores excluidos: agua, energía, transportes, telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1997.

(53) El artículo 67 de la Ley 62/2003, en sus dos apartados, da nueva redacción al artículo 2.1 y a la Disposición adicional sexta del TRLCAP, de modo que, conforme a lo previsto en el artículo 2.1, «*las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados*», mientras que la Disposición adicional precisa que «*las sociedades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en el mismo, ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios*». Obsérvese que en la nueva redacción de la Disposición adicional ya no se asume como criterio relevante para la identificación de las sociedades por ella reguladas el dato de que estén mayoritariamente participadas por Administraciones Públicas.

Ejemplos de esta práctica se encuentran en la legislación sobre reconversión industrial, así como en relación con las empresas suministradoras de ciertos bienes o servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia, como puedan ser los hidrocarburos (54) o las comunicaciones electrónicas (55).

III. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO CONTRATANTES DE UN DEUDOR SOMETIDO A LOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LA NUEVA LEY CONCURSAL

1. *Consideraciones generales. Breves reflexiones acerca del ámbito de aplicación del TRLCAP*

Siendo como es objeto de la Ley Concursal la regulación de los supuestos de insolvencia del deudor, no es de extrañar que entre sus previsiones se encuentren algunas que inciden en la capacidad de aquél para contratar y otras que determinan los efectos que sobre los contratos por él entablados tendrá la declaración de concurso. Estas previsiones tienen, obviamente, incidencia en la regulación de la contratación pública, en la medida en que los sujetos sometidos a la nueva Ley puedan tener intención de entablar contratos con Administraciones Públicas o, de hecho, ya sean contratistas de la Administración.

Ya nos consta que la nueva Ley Concursal contiene dos preceptos cuyo objeto inmediato es regular los efectos que pueda tener el concurso del deudor sobre los contratos —presentes o futuros— que pueda entablar con Administraciones Públicas. Por una parte, el artículo 67 se refiere directamente a los efectos del concurso del deudor sobre «*los contratos con las Administraciones Públicas*»; por otra,

(54) En los términos de lo previsto por la Disposición adicional décima de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, cabrá la intervención en los casos en los que pueda quedar afectada la continuidad y seguridad de dicho suministro. Esta técnica ya había sido introducida en el Reglamento del Gas de 1973 y, posteriormente, en el artículo 7.2.f) de la Ley 10/1987, tal y como destacara J. SALAS, *Régimen jurídico de las concesiones del servicio de suministro de gas por canalización*, en «REDA», núm. 65, 1990, págs. 17 y ss. Obsérvese, en consecuencia, que esta técnica juega con independencia de que el servicio como tal esté declarado o no como servicio público.

(55) Vid. artículo 4.5 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, conforme al cual «(...) en el caso de incumplimiento de las obligaciones de servicio público a las que se refiere el título III de esta ley, el Gobierno, previo informe preceptivo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, e igualmente con carácter excepcional y transitorio, podrá acordar la asunción por la Administración General del Estado de la gestión directa de los correspondientes servicios o de la explotación de las correspondientes redes. En este último caso, podrá, con las mismas condiciones, intervenir la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas».

la Disposición final decimotercera de la Ley Concursal da nueva redacción a los artículos 20.b), 111.b) y 112.2 y 7 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo Texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), de modo que introduce ciertas modificaciones, siquiera sea a efectos puramente terminológicos, en los preceptos de la Ley de Contratos que se refieren a los supuestos de insolvencia del deudor.

La explicación última de los cambios introducidos por la Ley Concursal en el TRLCAP se encuentra en un dato clave: el hecho de que aquélla está basada en el principio de unidad legal y de disciplina. En efecto, este principio de unidad explica que la nueva redacción de los preceptos recogidos en la legislación de contratación pública en relación con la insolvencia sobrevenida del deudor reconduzca a un único procedimiento —el de la declaración de concurso regulada en la propia Ley Concursal, aunque a él equipara la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento— todos los múltiples procedimientos de reacción ante la insolvencia contemplados en la redacción anterior: la declaración de quiebra, la de suspensión de pagos, la de concurso de acreedores o la de insolvente fallido en cualquier procedimiento, así como el acuerdo de quita y espera. Y ello tanto en los supuestos en los que el insolvente es un licitador —en cuyo caso se contempla como prohibición para contratar con la Administración— como en los que es ya contratista —supuesto en el que funciona como causa de extinción de los contratos administrativos—. De hecho, el primer artículo cuya redacción se modifica —el artículo 20.b)— se refiere a una causa específica de prohibición para contratar con la Administración, mientras que los otros dos —111.b) y 112.2 y 7— se refieren, todos ellos, a los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos celebrados por el deudor con Administraciones Públicas y, en este sentido, enlazan con el artículo 67 de la propia Ley Concursal.

Conviene, pues, estudiar de forma separada la consideración del concurso del deudor como causa de prohibición para contratar y como causa de resolución de «*los contratos con las Administraciones Públicas*», asumiendo la expresión del artículo 67 de la Ley Concursal. Ello nos obliga, sin embargo, con carácter previo, a reflexionar sobre el sentido que debe darse a esta expresión, teniendo en cuenta lo equívoco de ambos términos —«*contratos*» y «*Administraciones Públicas*»—, de modo que parece necesario reconducir el análisis a la delimitación del ámbito de aplicación de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

No se trata, obviamente, de profundizar en las dificultades de delimitación del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas, a algunas de las cuales ya hemos hecho mención al referirnos al concepto de «poder adjudicador» acuñado por las Directivas comunitarias en la materia (56). Lo que nos interesa es, simplemente, recordar que quedan dentro del ámbito de aplicación del TRLCAP —en su redacción actual, tras las reformas introducidas por la Ley 62/2003— los contratos celebrados por las Administraciones territoriales —Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas y entidades que integran la Administración Local—, así como los que entablen los organismos autónomos, las restantes entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, y las «*sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil*», bajo ciertas circunstancias desgranadas en el apartado 3 del propio artículo 1 del TRLCAP (57). Y ello sin perjuicio de las reglas de delimitación objetiva del ámbito de aplicación de la Ley, recogidas en el artículo 3 (58).

La *actividad contractual* de las *Administraciones Públicas* que quede al margen del ámbito de aplicación de la LCAP se regirá, en ciertos casos, por sus normas especiales, siendo la Ley de Contratos de aplicación supletoria; en otros, directamente por el Derecho Privado, aun con ciertas especialidades. Conviene tener esto presente, si bien, a nuestros efectos, sólo es relevante la contratación pública sometida a la LCAP.

(56) Vid. nota 51.

(57) Recordemos que, en efecto, la actividad contractual de las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia queda sometida a las prescripciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas siempre que éstas cumplan un doble requisito: *a)* que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; *b)* que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho Público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de Derecho Público.

(58) Entre ellas cabe destacar, en el contexto de nuestros intereses, la exclusión de los convenios de colaboración que celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho Privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en la propia Ley o en normas administrativas especiales —ap. *d)*—; de ciertos contratos de suministro suscritos por determinados organismos autónomos, en concreto los contratos relativos a actividades directas de los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, y siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la Ley —ap. *f)*—; de los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación —ap. *j)*—, y de los contratos relacionados con la compraventa y transferencia de valores negociables o de instrumentos financieros —ap. *k)*—.

2. *La declaración en concurso del deudor como causa de prohibición para contratar con las Administraciones Públicas: la nueva redacción dada al artículo 20.b) del TRLCAP*

El primer párrafo de la Disposición final decimotercera de la Ley Concursal da nueva redacción al apartado *b)* del artículo 20 del TRLCAP, en el que se recogen como causas específicas de prohibición de contratar con la Administración distintos supuestos identificables con situaciones de insolvencia, provisional o definitiva, del licitador. En concreto, el precepto queda redactado como sigue:

«En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...) b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación en la sentencia de calificación del concurso».

En estos términos, como no podía ser de otro modo, los cambios incorporados por la Ley Concursal a la redacción anterior del precepto tienen como finalidad inmediata alinear las previsiones de la normativa de contratación pública con la nueva regulación de los procedimientos concursales, basada en el principio de unidad (59). A ello ya hemos tenido ocasión de referirnos. Interesa, con todo, comentar el sentido y alcance de las previsiones de esta norma.

En concreto, este precepto identifica cinco causas de prohibición para contratar con la Administración: *a)* la solicitud de declaración de concurso; *b)* la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento; *c)* la declaración de concurso; *d)* el sometimiento a interven-

(59) La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada en 1995, determinaba como causas de prohibición para contratar con la Administración el *«haber sido declaradas en quiebra, en concurso de acreedores, insolvente fallido en cualquier procedimiento o sujeto a intervención judicial»*, así como el mero hecho de *«haber iniciado expediente de quita y espera o de suspensión de pagos o presentado solicitud judicial de quiebra o de concurso de acreedores, mientras, en su caso, no fueren rehabilitadas»* —art. 20.b)—. Este último supuesto de prohibición fue introducido como novedad respecto de la Ley de Contratos del Estado de 1965 por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, cumpliendo una exigencia del Derecho comunitario. Son, sin embargo, mucho más remotos los antecedentes últimos de esta causa de prohibición: el artículo 11, regla 5.^a, del Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obras Públicas, aprobado por Real Decreto de 10 de julio de 1861, afirmaba taxativamente que no podrán ser contratistas de la Administración *«los que estuviesen fallidos o en suspensión de pagos o con sus bienes intervenidos»*.

ción judicial, o e) la inhabilitación conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

Parece, pues, obvio que el sentido último de tales prohibiciones no es otro que evitar el riesgo de que el interés público en la ejecución del contrato se vea perjudicado por carecer el contratista de la solvencia exigible para la buena consecución de aquél. En estos términos, estas prohibiciones deben ser conectadas con el requisito de la «*solvencia económica y financiera*» recogido en los artículos 15 y 16 de la misma Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. No obstante, más allá de este nexo común, las distintas causas contenidas en este artículo presentan matices de interés que pasamos a describir:

1) La consideración de la insolvencia del deudor en el marco de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas tiene como causa última —siempre y en todo caso— el carácter personalísimo de estos contratos (60). Sin embargo, tal consideración es bien distinta según se refiera a la fase precontractual —a los efectos de la selección del contratista— o una vez haya sido celebrado el contrato —por lo que se refiere a la posibilidad de extinguir el contrato celebrado con el deudor insolvente—. En efecto, mientras que la extinción del contrato administrativo sólo se produce una vez haya sido formalmente declarado el concurso del deudor contratista —o su insolvencia—, tal y como destacaremos en su momento, la mera solicitud de la declaración de concurso implica por sí misma una prohibición de contratar con la Administración (61). La explicación parece clara: si en este último caso las Administraciones han de ser especialmente cautelosas para evitar cualquier riesgo para la buena consecución del contrato (62), cuando éste ya se ha celebrado, el interés

(60) En palabras del Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de octubre de 1984 (*Aranz*. 4916), «el contrato administrativo constituye una obligación personalísima y resulta decisiva la capacidad jurídica y técnica del adjudicatario».

(61) De modo que, en caso de que la situación de insolvencia ya haya sido declarada judicialmente, no cabe duda de que opera la causa de prohibición para contratar, lo que implica la nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación posterior, tal y como concluye el Consejo de Estado en sus Dictámenes núms. 2066/1998, de 16 de julio, y 2095/1998, de 2 de julio.

(62) A estos efectos conviene recordar, con ARIÑO y asociados, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 2003, tomo II: *La gestión del contrato*, pág. 123, el Informe 29/1993, de 16 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que afirma que «la razón de este tratamiento jurídico que se liga a la solicitud de suspensión de pagos es el que, con carácter general, sirve de fundamento a la casi totalidad de los supuestos del citado artículo 9 (de la Ley de 1965), consistente en el reconocimiento a la Administración de la posibilidad de descartar como contratistas a aquellas personas que, por sus conductas, no son merecedoras de la confianza en que el establecimiento de la relación contractual debe inspirarse, siendo esta circunstancia la que

público reside en su buena consecución y, en consecuencia, en su conservación hasta donde sea posible, de modo que la posición de la Administración contratante se muestra más conservadora —y, por ende, más flexible— ante una posible insolvencia del deudor. Sólo cuando ésta ha sido formalmente declarada se produce la extinción del contrato administrativo.

Sin perjuicio de lo anterior, sí parece necesario atenuar los rigores de una tal interpretación para los supuestos en los que la declaración de concurso no haya sido solicitada por el propio deudor, sino por cualquier otro legitimado en los términos de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Concursal. En este caso, la prohibición de contratar es de aplicación no ya cuando *se haya presentado* la solicitud de declaración de concurso, sino sólo en el momento en que el órgano jurisdiccional competente *haya admitido formalmente* tal solicitud en aplicación de lo dispuesto en la propia Ley Concursal. Y ello por la sencilla razón de que, en el caso de que la declaración de concurso hubiera sido solicitada por el deudor, semejante trámite de admisión, simplemente, no existe.

En efecto, en el caso de que hubiera sido el deudor el que solicitara la declaración del concurso, tal solicitud conducirá automáticamente a la declaración del concurso por el Juez, quien deberá dictar auto sin más trámites en los términos de lo dispuesto en el artículo 14 de la nueva Ley Concursal. Así pues, no existe trámite intermedio para alcanzar la declaración de concurso una vez se hubiera presentado la solicitud por el deudor, para quien —no hay que olvidarlo— este trámite constituye un deber cuando hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Bien distinta es, sin embargo, la solución cuando la solicitud de declaración de concurso hubiera partido de cualquier otro legitimado, en cuyo caso el Juez deberá dictar providencia de admisión a trámite, ordenando el emplazamiento del deudor en aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 de la nueva Ley (63).

2) Al leer el artículo 20.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su nueva redacción dada por la Ley Concursal, no deja de causar sorpresa el que, junto a la declaración de con-

determina que la prohibición para contratar se ligue a la mera solicitud de suspensión de pagos, a diferencia de lo que sucede en el supuesto de resolución del contrato».

(63) En los términos literales del apartado 1.º de este artículo 15, «*cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor, el juez dictará auto admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 84, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse*».

curso, se contemple como causa de prohibición para contratar con la Administración el haber sido «*declarado insolvente en cualquier otro procedimiento*». Y ello porque, tal y como ya hemos tenido ocasión de precisar, uno de los elementos clave de la nueva Ley Concursal es precisamente el de la unidad legal y de disciplina, de modo que bajo la noción de «concurso» se quiere «*significar*» —en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley— «*el fenómeno unificador de los diversos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único, como ha ocurrido en otras legislaciones*».

Siendo, pues, el procedimiento de concurso el único procedimiento previsto —aun con diversas modalidades— para responder a los estados de insolvencia del deudor, sólo parece posible dar contenido a esta causa específica de prohibición para contratar contenida en el artículo 20.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por remisión a ciertos procedimientos de declaración de insolvencia que calificaríamos de «especiales», por referirse al ámbito estricto de la recaudación de recursos del sistema de la Seguridad Social y al procedimiento laboral. En efecto, tanto el artículo 61 del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social (64) como los artículos 274 y 275 del Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Procedimiento Laboral (65) regulan sendos procedimientos de «*declaración de insolvencia*» a los solos efectos de facilitar el cobro de los créditos correspondientes a favor de la Seguridad Social y de los trabajadores, respectivamente. Ambos procedimientos tendrán también, como veremos, relevancia como causas de extinción de los contratos administrativos en los que el deudor insolvente fuera parte.

3) Por lo que se refiere a la intervención judicial, el hecho de que se exija específicamente que la misma haya sido acordada por un órgano jurisdiccional —«*estar sujetas a intervención judicial*», dice literalmente el nuevo artículo 20.b) TRLCAP— obliga a seguir entendiendo no determinantes de causa de prohibición, del mismo modo que ocurría en la redacción anterior del precepto, aquellas otras intervenciones acordadas por autoridades administrativas. Piénsese en los casos previstos en los artículos 25 y siguientes de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, respecto de las entidades aseguradoras, y en el ar-

(64) Aprobado mediante Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre. Téngase en cuenta que el artículo 20.f) TRLCAP considera como otra causa de prohibición para contratar las Administraciones Públicas el no hallarse «*al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes*».

(65) Aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

título 31 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

4) La última causa de prohibición mencionada en el precepto —*«haber sido inhabilitadas conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso»*— aparece como novedad en plena coherencia con las previsiones sobre la calificación del concurso como culpable contenidas en los artículos 164 y siguientes de la misma Ley Concursal (66).

Teniendo en cuenta que, obviamente, la calificación del concurso presupone su previa declaración formal, pudiera parecer que esta causa no ha de tener aplicación práctica. No debe olvidarse, sin embargo, que la inhabilitación se puede prolongar más allá del propio proceso concursal y, además, que tal inhabilitación puede ser aplicada a *«personas afectadas por la calificación»* distintas al propio contratista declarado en concurso y que habrán sido determinadas en la propia sentencia de calificación (67).

Sea como fuere, no debemos olvidar que todas estas causas de prohibición para contratar deben ser *«apreciadas de forma automática»* por los órganos de contratación y subsistirán *«mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinen»*, tal y como dispone el artículo 21.1 del TRLCAP. Esto excluye la necesidad de tramitar un procedimiento administrativo con carácter previo a la efectividad de la causa de prohibición, y ello sin perjuicio de que deban presentar una declaración responsable de no estar incurso en tal causa de prohibición para contratar en los términos de lo dispuesto en el artículo 79.2.b) del TRLCAP, y siempre a expensas de que se les exija la correspondiente prueba en aplicación de lo previsto en el apartado 5 del propio artículo 21 del TRLCAP (68).

(66) Previsiones entre las que se incluye la posibilidad de que la sentencia que califique como tal el concurso incluya como pronunciamiento —en los términos de lo previsto en el artículo 172.2.2.º de la Ley Concursal— *«la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de 2 a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio»*.

(67) Conforme a lo dispuesto en el artículo 172.2.1.º de la Ley Concursal, *«la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: 1) la determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición»*.

(68) En los términos de este artículo, *«la prueba, por parte de los empresarios, de no estar incurso en las prohibiciones para contratar con la Administración señaladas en el artículo anterior, en relación con las situaciones indicadas en sus distintas letras, podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa según los casos y cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá ser sustituido por*

3. *Los efectos de la declaración en concurso del deudor sobre los contratos que hubiera entablado con Administraciones Públicas: comentarios al artículo 67 de la Ley Concursal*

A) *Reflexiones preliminares.*

Dentro del análisis de los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos celebrados por el deudor merecen una consideración especial los efectos sobre los «*contratos celebrados con Administraciones Públicas*», en los términos literales del artículo 67 de la nueva Ley Concursal, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Artículo 67. Contratos con las Administraciones Públicas. 1. *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones Públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial.* 2. *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con Administraciones Públicas se regirán en cuanto a sus efectos y extinción, por lo establecido en esta Ley».*

Tal y como se desprende de la lectura de este artículo, la posible ambigüedad de aquella expresión legal —«*contratos celebrados con Administraciones Públicas*»—, tanto por lo que se refiere a lo que deba entenderse por «contratos» como a lo que deba ser comprendido bajo el concepto de «Administraciones Públicas», debe ser reconducida a las previsiones de la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas. No en vano, ya nos consta que la propia Ley Concursal incluye —en su Disposición final decimotercera— ciertas modificaciones en el TRLCAP y, particularmente, en los artículos de la misma relevantes a estos efectos. Estas previsiones deben ser, en todo caso, completadas con las del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

De hecho, es en el contexto de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el que hay que enmarcar la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de las Adminis-

una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado. Cuando se trate de empresas de Estados miembros de la Unión Europea y esta posibilidad esté prevista en la legislación del Estado respectivo, podrá también sustituirse por declaración responsable, otorgada ante una autoridad judicial».

traciones Públicas que queda reflejada en los dos apartados de este artículo 67 (69). Por ello, partiendo de los términos en que la Ley de Contratos establece esta distinción, debemos recordar las reflexiones que en su momento hicimos en relación con el ámbito de aplicación —subjeto y objetivo— del TRLCAP, para llegar a la conclusión de que de él escapan algunas manifestaciones de la actividad contractual de las Administraciones Públicas, tanto si se entiende esta expresión en sentido amplio como en sentido estricto. Cuando se trata de interpretar el sentido y alcance de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley Concursal en relación con los efectos que haya de tener la declaración de concurso del deudor sobre «*los contratos que hubiera celebrado con Administraciones Públicas*», en sentido amplio, no podemos dejar de hacer esta advertencia capital.

Sin entrar en mayores disquisiciones y asumiendo la propia redacción de aquel artículo, nos interesa en este momento partir de la distinción entre contratos administrativos y contratos privados celebrados con las Administraciones Públicas en el contexto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para analizar cuáles sean los efectos de la declaración de concurso del deudor sobre uno y otro tipo de contratos.

B) *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones Públicas.*

La nueva Ley Concursal es taxativa al afirmar en su artículo 67.1 que «*los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones Públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial*». Una expresión —la de «legislación especial»— que sólo cobra sentido si se identifica con la legislación de contratación pública y que, en estos términos, no deja de sorprender, puesto que, más que legislación «especial», estas normas constituyen la legislación propia y común de las Administraciones Públicas. De hecho, asumida tal remisión, aun cuando pueda resultar, como veremos, superflua, parecería más propio referirla a la «legislación específica» o a la «legislación de

(69) No hace falta insistir en que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es clara cuando prescribe que «*los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado*» (art. 5.1 TRLCAP). Los términos de tal distinción son, en principio, simples en la medida en que la categoría de los contratos privados o «*de carácter privado*» se delimita residualmente por exclusión de los contratos que se califican de «*administrativos*» (art. 5.2).

contratos de las Administraciones Públicas», puesto que la consideración del ordenamiento como un todo obliga a superar la vieja distinción entre legislación general y especial; algo de lo que es suficiente prueba el dato mismo —ya destacado— de que la propia Ley Concursal —una Ley que se calificaría como «mercantil»— modifica preceptos de una Ley «administrativa».

Asumida en estos términos, esta previsión de la Ley Concursal es perfectamente coherente —como no podía ser de otro modo— con las previsiones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sobre los contratos administrativos (70), cuyo artículo 7 dispone que estos contratos se regirán —en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y *extinción*— por las normas administrativas, sean sus propias normas con carácter preferente, sean las previsiones recogidas en la misma Ley de Contratos (71). Precisamente entre las previsiones de esta Ley sobre la extinción de los contratos se encuentra una regla —contenida en el artículo 111.b) del TRLCAP, al que no casualmente da nueva redacción la Disposición final decimotercera de la Ley Concursal— conforme a la cual es causa de resolución del contrato «*la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento*». De ahí, precisamente, que pueda resultar superflua la regla del artículo 67.1 de la Ley Concursal.

Sea como fuere, son varios los comentarios que suscita este artículo.

(70) Recordemos que la Ley de Contratos distingue, a su vez, dos tipos de contratos administrativos: *a)* los contratos que podríamos calificar como «nominados», cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros; los de concesión de obra pública; los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto algunos de los contratos previstos en el artículo 206, y en concreto los comprendidos en las categorías 6 —referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones— y 26 —concretamente, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculo—; *b)* los contratos «especiales», de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una Ley (art. 5.2). En este último caso, así se habrá hecho constar expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares —art. 8.2.b) TRLCAP—.

(71) En efecto, los contratos calificables como administrativos se rigen en todos sus extremos por la legislación administrativa: más concretamente —y sin perjuicio de las especialidades que sean de aplicación, con carácter preferente, al contrato de concesión de obra pública—, por la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus disposiciones de desarrollo o por sus propias normas con carácter preferente —en los supuestos del artículo 5.2.b) TRLCAP— y, supletoriamente, por las restantes normas de Derecho Administrativo. Sólo en defecto de normas administrativas específicas devienen aplicables las normas de Derecho Privado (art. 7 TRLCAP). Esta plena aplicabilidad de las normas específicas de Derecho Administrativo sobre contratación implica su aplicación no sólo en la fase precontractual —en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los contratos calificables de «administrativos»—, sino también a los efectos y extinción de estos contratos.

- a) *Distintos procedimientos de declaración de insolvencia como causa de resolución de los contratos administrativos.*

En relación con la consideración como causa de extinción de los contratos administrativos de la declaración de insolvencia del deudor en cualquier procedimiento, conviene recordar algo en lo que ya hubo ocasión de insistir al comentar el artículo 20.b) del TRLCAP. Y es que también en este caso, sin perjuicio del principio de unidad legal y de disciplina que preside la nueva Ley —conforme al cual se aglutinan en el procedimiento de concurso todos los anteriores procedimientos generales derivados de los supuestos de insolvencia (72)—, no se puede obviar la existencia de procedimientos de declaración de insolvencia que calificaríamos de «especiales», regulados en otras normas, como el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Procedimiento Laboral. A ellos nos hemos referido en su momento.

(72) No en vano, la redacción original de este artículo 111.b) mencionaba los distintos procedimientos unificados en la Ley Concursal bajo el procedimiento único de concurso: «*Son causas de resolución del contrato: (...) b) La declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento, o el acuerdo de quita y espera*».

Una redacción similar se mantiene en el artículo 264.b) del TRLCAP, introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública, cuya tramitación fue paralela a la de la propia Ley Concursal. Huelga decir que hay que entender sustituida esta redacción por la del vigente artículo 111.b) TRLCAP, tal y como ha sido redactado por la Disposición final decimotercera.

Antecedente último de esta regla es la contenida en el artículo 49 del Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obras Públicas, aprobado el 7 de diciembre de 1890, en el que se introdujo la «*quiebra del contratista*» como una de las causas de «*rescisión*» del contrato administrativo. Concretamente, «*en caso de muerte o quiebra del contratista, quedaría rescindida la contrata, a no ser que los herederos o síndicos de la quiebra ofrezcan llevarla a cabo en las condiciones estipuladas en ella. La Administración puede admitir o rechazar el ofrecimiento, sin que en este último caso tengan los interesados derecho a indemnización alguna*». De ahí pasó tal referencia al Pliego de Condiciones Generales aprobado por el Real Decreto de 13 de marzo de 1903 (art. 50) y al Pliego de Condiciones para la Contratación de las Construcciones Civiles en el Ministerio de Educación Nacional, aprobado por Real Orden de 4 de septiembre de 1908 (art. 55). En la Ley de Contratos del Estado de 1965, en relación con el contrato de obras (art. 52.6) y en relación con el de gestión de servicios públicos (art. 75.5), se reconocía la «*quiebra o suspensión de pagos*» del contratista como causa de resolución de los contratos administrativos. Conviene precisar, no obstante, que la referencia explícita a la «*suspensión de pagos del contratista*» como causa de resolución de los contratos administrativos sólo se introdujo en aquella Ley a través de la Ley 5/1973, de 17 de marzo, siguiendo una nutrida doctrina del Consejo de Estado, y ello a pesar de que el Código de Comercio de 1829 ya distinguía la suspensión de pagos como una clase específica de quiebra (art. 1002). Vid. al respecto E. GARCÍA-TREVLJANO GARNICA, *La suspensión de pagos como causa de resolución de los contratos administrativos de obras*, en «*REDA*», núm. 77, 1993, págs. 51-70.

b) *La insolvencia del deudor como causa de prohibición para contratar y como causa de extinción del contrato.*

Sin perjuicio de lo anterior, conviene también recordar que, dentro de la economía interna de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el que la declaración de concurso sea causa de extinción del contrato administrativo es plenamente congruente con la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas que concurre en quienes hayan *solicitado* la declaración de concurso, se hallen declarados en concurso o hayan sido sujetos a intervención judicial conforme a la Ley Concursal, en los términos de lo previsto en el artículo 20.b) del TRLCAP en su nueva redacción dada por la Disposición final decimotercera de la Ley Concursal.

Al comentar este artículo ya observamos cómo mientras la *simple solicitud* de declaración de concurso es causa suficiente para excluir al deudor de la posibilidad de contratar con las Administraciones Públicas, sólo la declaración de concurso o insolvencia debidamente formalizadas justifican la extinción del contrato. Dijimos entonces, y recordamos ahora, que si en el primer caso —al margen de la crítica que se pueda hacer a tal opción— las Administraciones se muestran especialmente cautelosas para evitar cualquier riesgo para la buena consecución del contrato, cuando el contrato ya existe, aparece como objetivo primordial su conservación hasta donde sea posible, siendo, en consecuencia, la posición de la Administración contratante más conservadora ante una posible insolvencia del deudor. Sólo cuando la insolvencia ha sido formalmente declarada se produce la extinción del contrato administrativo, en los términos que seguidamente veremos.

c) *La declaración de insolvencia del contratista en relación con otras causas de resolución de los contratos administrativos.*

Interesa de forma particular incardinar la declaración de concurso —o insolvencia— del contratista en el sistema general de causas de resolución de los contratos administrativos. Y ello porque no es infrecuente que en un mismo supuesto concurren varias de estas causas.

La especificidad de la declaración de concurso —o insolvencia— del contratista como causa de resolución de los contratos administrativos se funda en un dato muy simple: el legislador no deja de ser consciente de que en una economía de mercado el contratista está sometido a riesgos financieros, constatación ésta que le invita a con-

templar los procesos derivados de la insolvencia del deudor como una causa específica de resolución del contrato que es, en principio, más benevolente que la general identificada con el incumplimiento del contratista. En efecto, mientras que el incumplimiento del contratista se traduce para él en la pérdida de la garantía y, en su caso, en la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios que pudieran haber sido irrogados a la Administración contratante, la declaración de concurso —o de insolvencia— del deudor contratista, como veremos, sólo llevará aparejados efectos similares en el caso de que se pueda considerar culpable.

Como consecuencia de lo anterior, y teniendo en cuenta que no es infrecuente que el deudor contratista que se halle en situación de insolvencia incumpla el contrato, deviene particularmente importante determinar el momento a partir del cual el estado de insolvencia del deudor ha de conducir a la extinción de los contratos administrativos que mantuviera con Administraciones Públicas. Y ello en el contexto de una reiterada doctrina del Consejo de Estado que insiste en que, en caso de concurrencia de causas de extinción del contrato, será de aplicación aquella que haya aparecido antes cronológicamente (73).

La claridad de la norma no genera dudas en este caso: la resolución del contrato por causa del estado de insolvencia del deudor contratista sólo se producirá una vez el concurso —o la insolvencia— haya sido formalmente declarado; nunca antes (74). De este modo, aun habiendo solicitado la declaración de concurso o, incluso, admitida a trámite tal solicitud —o habiéndose iniciado la tramitación de los correspondientes procedimientos de declaración de insolvencia—, el deudor no se ve eximido del cumplimiento del contrato hasta que el concurso —o la insolvencia— haya sido formalmente declarado. Estas precisiones son especialmente relevantes en el caso de que la declaración de concurso haya sido solicitada por sujetos distintos al deudor, ya que sólo en este caso —como sabemos— habrá propiamente un trámite de admisión en los términos de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Concursal.

(73) Vid., entre otros muchos, Dictámenes del Consejo de Estado núms. 37688/1971, de 14 de julio; 717, 718 y 719/1991, de 20 de junio; 712/1994, de 23 de junio; 3747/1997, de 11 de septiembre; 501/2000, de 13 de abril; 527/2000, de 27 de abril; 37/2001, de 1 de marzo; 2448/2002, de 7 de noviembre.

(74) Los términos literales de la norma son taxativos: «*Son causas de resolución del contrato: (...) b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento*». Expresamente en este sentido, vid. —en aplicación de la normativa anterior— Dictamen del Consejo de Estado núm. 3343/2002, de 13 de febrero, que cita los anteriores núms. 54205/1990, de 22 de febrero; 55563 y 55564/1991, de 31 de enero; 1206/1991, de 3 de octubre; 1363, 1364 y 1365/1991, de 21 de noviembre; 5 y 6/1992, de 23 de enero; 1368/1992, de 26 de septiembre; 740/1995, de 25 de mayo; 1126/1998, de 7 de mayo; 1461/2000, de 29 de junio, y también, implícitamente, Dictamen núm. 1270/1998, de 2 de abril.

De forma consecuente, todo incumplimiento del deudor contratista anterior al momento de la declaración de concurso —o de su insolvencia— conduce a la resolución del contrato por las causas generales del incumplimiento: «*la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (...)*» (75) o «*el incumplimiento de las demás obligaciones contractuales esenciales*» (76). Algo en lo que, de hecho, el Consejo de Estado ha insistido en cuantas ocasiones ha tenido en relación con la suspensión de pagos (77), de modo que —parafraseando al Alto Cuerpo Consultivo— no cabe aducir el concurso como causa de resolución del contrato una vez el contratista ha incurrido en incumplimiento (78).

Las anteriores precisiones muestran la importancia de poner al órgano contratante en conocimiento del hecho de haberse declarado el deudor contratante en situación de concurso o insolvencia, algo respecto de lo que el propio deudor será, en principio, el primer interesado dados los beneficios que para él comporta esta causa de resolución del contrato administrativo frente a los que derivan del incumplimiento común del contratista. No cabe, sin embargo, descartar la posibilidad de que el deudor oculte abusivamente la existencia de un auto por el que hubiera sido declarado en concurso, que sólo alega posteriormente con el fin de enervar los efectos negativos derivados del incumplimiento contractual: en estos casos, tal y como ha declarado el Consejo de Estado en relación con la declaración de suspensión de pagos, el contratista no podría beneficiarse de las consecuencias más favorables derivadas de la declaración de concurso (79). Se puede afirmar, pues, que el informar al órgano contratante de la declaración de concurso se constituye en una especie de carga para el contratista si es que quiere beneficiarse de sus efectos

(75) Artículo 111.e) TRLCAP.

(76) Artículo 111.g) TRLCAP.

(77) Vid., entre otros, Dictámenes del Consejo de Estado núms. 46155/1984, de 29 de marzo; 48864/1986, de 28 de febrero; 50877/1987, de 12 de noviembre; 54205/1990, de 22 de febrero; 55563 y 55564/1991, de 13 de enero; 1206/1991, de 3 de octubre; 1363, 1364 y 1365/1991, de 21 de noviembre; 5 y 6/1992, de 23 de enero; 1368/1992, de 26 de septiembre; 1656/1993, de 27 de enero; 740/1995, de 25 de mayo; 2488/1998, de 2 de julio; 3273/1998, de 17 de septiembre; 1265/2000, de 25 de mayo; 2521/2001, de 13 de septiembre, y 2280/2001, de 11 de octubre. Sobre la cuestión, vid. E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La suspensión de pagos como causa de resolución...*, *ob. cit.*, pág. 63, en el contexto de la Ley de Contratos del Estado de 1965, y *La resolución del contrato administrativo de obra*, Montecorvo, Madrid, 1996, págs. 72-78, quien argumenta a favor de la solución adoptada por el Consejo de Estado.

(78) Vid. Dictámenes del Consejo de Estado núms. 55605, 55606, 55607, 55608, 55610 y 55611/1990, de 13 de diciembre; 1365/1991, de 21 de noviembre; 247 y 248/1991, de 28 de febrero; 501/2000, de 13 de abril; 527/2000, de 27 de abril, y 2505/2000, de 20 de julio.

(79) Vid. Dictamen núm. 44834/1982, de 9 de diciembre, citado por E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La suspensión de pagos como causa de resolución...*, *ob. cit.*, pág. 65, y *La resolución del contrato administrativo de obra*, *ob. cit.*, págs. 79-81.

favorables antes de incurrir en incumplimiento; y ello sin perjuicio de que la Administración contratante deba resolver el contrato cuando tenga conocimiento de la declaración de concurso o insolvencia del contratista por medios distintos, puesto que —tal y como veremos inmediatamente— el expediente para la resolución del contrato por esta causa se puede iniciar a instancia de parte o de oficio.

Debe, finalmente, contemplarse la posibilidad de que antes de haberse declarado formalmente el concurso o la insolvencia del deudor contratista, y en atención a una situación *de facto* que dificulta o impide el desarrollo normal del contenido contractual, él mismo y la Administración decidan resolver el contrato por mutuo acuerdo, tal y como prevé el apartado *c)* del artículo 111 del TRLCAP (80). Tal posibilidad depende, sustancialmente, de que concurra un doble requisito, en los términos de lo dispuesto en el artículo 112.4 TRLCAP: que no haya razones de interés público que hagan necesaria o conveniente la continuación del contrato y que no concurra otra causa de resolución imputable al contratista; requisito este último que excluye, obviamente, la posibilidad de resolver el contrato por mutuo acuerdo, tanto cuando el concurso haya sido calificado como culpable, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 164 y siguientes de la Ley Concursal, como cuando el deudor haya incurrido en incumplimiento (81).

En el contexto de todo lo anterior, conviene precisar en qué términos y con qué efectos se materializa la declaración de concurso o insolvencia del deudor como causa de resolución de los contratos administrativos.

- d) *El carácter, automático o no, de la declaración de insolvencia del deudor como causa de resolución de los contratos administrativos.*

A la cuestión de si el efecto resolutorio de la declaración de concurso o insolvencia del contratista de la Administración es o no automático responde el apartado 2 del artículo 112 del TRLCAP, el cual —según la nueva redacción recogida en la Disposición final decimotercera de la Ley Concursal— reza como sigue:

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

(80) Vid. Dictamen de Consejo de Estado núm. 370/2001, de 5 de abril.

(81) En estos términos, vid. Dictamen del Consejo de Estado núm. 2470/1999, de 28 de octubre.

De una primera lectura de este precepto se desprende que el efecto resolutorio de la declaración de concurso o insolvencia del contratista de la Administración es distinto en uno y otro caso, puesto que si bien el efecto resolutorio de la declaración de insolvencia es automático, en el caso de la declaración de concurso, el efecto resolutorio queda condicionado a la apertura de la fase de liquidación.

Efectivamente, los propios términos del artículo 112.2 TRLCAP obligan a matizar el carácter automático de esta causa de resolución de los contratos administrativos en los casos de declaración de concurso. A estos efectos, aparece como determinante la apertura de la fase de liquidación en el correspondiente procedimiento de concurso, de modo que sólo en el caso de que este trámite haya sido abierto se puede decir que el efecto resolutorio de esta causa es realmente automático. En caso contrario, mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación del contrato, la nueva redacción dada al apartado 7 del mismo artículo 112 por la Disposición final decimotercera de la Ley Concursal favorece la posibilidad de que la Administración decida continuar el contrato si, a su juicio, el contratista prestare las garantías suficientes para su ejecución, ya que afirma que:

«En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración, potestativamente, continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución».

La distinción establecida en torno a la apertura de la fase de liquidación merece más de un comentario.

Conviene, en primer lugar, destacar que esta distinción parece querer repetir la misma lógica que en la anterior redacción de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecía una neta distinción entre los efectos de la quiebra, el concurso de acreedores y la declaración de insolvente fallido, de una parte, y los de la quita y espera y suspensión de pagos, de otra (82). La clave está, entonces y ahora, en no impedir la posibilidad de alcanzar el pleno cumplimiento del contrato administrativo cuando los supuestos de insolvencia son aún provisionales, siempre con plenas garantías para la Administración. Por esta razón, en el contexto de la nueva Ley Concursal

(82) Conforme a la redacción original del artículo 112.2 del TRLCAP, «la declaración de quiebra, de concurso de acreedores, de insolvencia o de fallido en cualquier procedimiento originará siempre la resolución del contrato. (...)», mientras que el apartado 7 del mismo artículo 112 prescribía que «en la quita y espera y en la suspensión de pagos la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para la ejecución del mismo».

—abandonado ya el principio conforme al cual recibían distinto tratamiento las situaciones de insolvencia definitiva y las de mera iliquidez del deudor contratista—, se asume que el momento determinante para considerar inevitable la resolución del contrato administrativo es el de la apertura de la fase de liquidación. Algo que es, además, plenamente coherente con las previsiones de la nueva Ley Concursal cuando, en su Disposición adicional primera, asimila todas las referencias a la suspensión de pagos o al procedimiento de quita y espera contenidas en normas anteriores al concurso en el que no se haya abierto la fase de liquidación, mientras que las referencias a la quiebra o al concurso de acreedores se asimilan al concurso en fase de liquidación.

Así pues, cuando la fase de liquidación ha sido abierta, y teniendo en cuenta los severos efectos que a la misma se ligan en el artículo 145 de Ley Concursal (83), el carácter personalísimo de los contratos administrativos impide la continuación del contrato (84). Sin embargo, en el período anterior a la liquidación —cuando el estado de insolvencia del deudor puede no ser definitivo y, en consecuencia, puede no conducir a la imposibilidad de llevar a efecto los términos del contrato— no se ha de descartar la posibilidad de que la Administración prefiera continuar el contrato; asegurándose, eso sí, su cumplimiento mediante la prestación por el contratista de las «*garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución*», garantías que —obviamente— podrán ser cualesquiera de las admitidas en Derecho. Por ello, se puede concluir que queda a la discreción de la Administración contratante la continuación o no del contrato con el deudor contratista respecto del que, habiendo sido declarado en concurso, no se hubiera iniciado la liquidación (85); o, en el caso especí-

(83) Conforme a este artículo: «1. *La situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la presente Ley. Cuando en virtud de la eficacia del convenio, y conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 133, los administradores concursales hubieren cesado, el juez, acordada que haya sido la apertura de la liquidación, los repondrá en el ejercicio de su cargo o nombrará a otros. (...) 3. Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal para proceder de conformidad con lo establecido en esta Ley.*»

(84) No debemos obviar, sin embargo, las críticas que hacía E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La resolución del contrato administrativo de obra*, ob. cit., págs. 94-96, al planteamiento semejante asumido por la Ley de 1995 al considerar automática la resolución del contrato en caso de quiebra, frente a los supuestos de suspensión de pagos, sin abrir la posibilidad de que los representantes de la quiebra pudieran seguir con la ejecución del contrato, tal y como se preveía en los Pliegos de Condiciones Generales anteriores.

(85) Para E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La suspensión de pagos como causa de resolución...*, ob. cit., y *La resolución del contrato administrativo de obra*, ob. cit., págs. 81-85, la opción es parcial, tanto para la Administración como para el contratista, porque la conti-

fico del contrato de concesión de obra pública, optar por el secuestro de la concesión a los efectos de satisfacer los derechos de los acreedores en el supuesto de que se hayan incorporado a títulos negociables los derechos de crédito del concesionario (86).

Esta solución legal plantea, no obstante, ciertas dudas en los supuestos de resolución del concurso mediante convenio y no mediante liquidación, puesto que —conviene recordar— la liquidación es una solución del concurso supletoria frente a la del convenio, algo que ha sido obviado por el legislador al dar nueva redacción al artículo 112 del TRLCAP. Parece, pues, que en el caso de que se dé solución al concurso mediante convenio, sin que llegue en ningún momento a abrirse la fase liquidatoria, siempre quedará en manos de la Administración contratante la opción de continuar el contrato. No se

nuación del contrato sólo tendrá lugar si ambas partes consienten en ello. B. PÉREZ DE LEÓN PONCE y J. PÉREZ BERENJENA, *La contratación de las Administraciones Públicas*, BOE, 1995, pág. 166, por su parte, al comentar la Ley de 1995, afirman en términos inconcretos que la resolución del contrato «será potestativa para la parte a la que no sea imputable la causa de resolución». Sin embargo, en Dictámenes del Consejo de Estado como el núm. 3343/2002, de 13 de febrero, se afirma que la Administración tiene la opción de proceder a resolver el contrato por no haber ofrecido el contratista garantías suficientes para continuarlo.

(86) Como es sabido, en los términos de lo previsto en el artículo 254 TRLCAP —introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública—, la Administración contratante puede autorizar al concesionario de obra pública para que emita valores que representen una participación en uno o varios de los derechos de crédito previstos a favor del concesionario, para uno o varios ejercicios económicos, consistentes en el derecho al cobro de las tarifas, los ingresos que pueda obtener por la explotación de los elementos comerciales relacionados con la concesión, así como los que correspondan a las aportaciones que, en su caso, deba realizar la Administración. Cuando así ocurre, se plantea el problema de atender a los acreedores que no hubieran obtenido el reembolso correspondiente a sus títulos en el caso de que se resuelva el contrato —y, particularmente, por lo que a nosotros interesa—, cuando esto suceda por haber incurrido el deudor en insolvencia. La interpretación del apartado 4 del citado artículo plantea ciertos problemas de interpretación puesto que —en correlación con los artículos 264.b) y 265.2— mantiene la terminología de la redacción del artículo 111.b) TRLCAP que ha corregido la Ley Concursal (vid. nota 72). Sin embargo, siguiendo el razonamiento expuesto en el texto, la interpretación se clarifica cuando se asimila la referencia a la suspensión de pagos con el concurso en fase previa a la liquidación. De este modo cabe concluir que, cuando se haya declarado al concesionario en concurso pero no se haya abierto todavía la fase de liquidación, podrá optar el órgano contratante entre: a) acordar el secuestro de la concesión conforme a lo previsto en el artículo 251 de esta Ley a los solos efectos de satisfacer los derechos de los acreedores sin que el concesionario pueda percibir ingreso alguno; b) resolver la concesión, acordando con el representante de los acreedores la cuantía de la deuda y las condiciones en que deberá ser amortizada o, a falta de acuerdo, indemnizando a los acreedores con la diferencia entre el valor nominal de la emisión y las cantidades percibidas hasta el momento de resolución de la concesión tanto en concepto de intereses como de amortizaciones parciales, salvo si el concurso hubiera sido declarado «culpable» (vid. nota 92), en cuyo caso podrá indemnizar a los acreedores —siempre y cuando resulte una cantidad inferior a aquélla— con el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la concesión, calculado —en aplicación de lo dispuesto en el art. 266— teniendo en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. Cuando se haya abierto la fase de liquidación, se resolverá la concesión en todo caso.

olvide, a este respecto, que la Ley Concursal —en su artículo 100.5— prescribe la necesidad de elaborar un plan de viabilidad de la actividad profesional o empresarial del deudor cuando se pretenda la continuación de su ejercicio para atender el cumplimiento del propio convenio (87).

Sin perjuicio de todo lo anterior, debe tenerse en cuenta que aun cuando sea posible atribuir al inicio de la fase de liquidación del concurso o a la declaración misma de insolvencia un carácter automático como causas de resolución de los contratos administrativos, ello no implica que quede al criterio del órgano de contratación —órgano competente para acordar la resolución del contrato, tal y como dispone el apartado 1 del mismo artículo 112.1 del TRLCAP (88)— decidir si se producen o no tales efectos extintivos. Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que se obvие la necesidad de que la resolución de tales contratos sea, en efecto, declarada por el órgano de contratación a través de un acto expreso que sea debidamente notificado al contratista, tal y como ha venido exigiendo el Tribunal Supremo (89). En estos términos, la declaración de resolución del contrato se producirá *«de oficio o a instancia de parte»*, conforme al procedimiento determinado en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos, procedimiento en el que se incluye la audiencia del contratista por el plazo de diez días, en el caso de propuesta de oficio, y Dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando aquél hubiese formulado oposición.

e) *Efectos de la resolución del contrato por causa de haberse declarado la insolvencia del contratista.*

Debemos analizar, finalmente, los efectos derivados de estas particulares causas de resolución de los contratos administrativos. Tal y como hemos tenido ocasión de adelantar, la declaración de concurso o insolvencia del deudor contratista implica, en principio, la resolución del contrato administrativo sin mayor perjuicio para

(87) En los términos del citado artículo, *«cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros (...)»*.

(88) En los términos literales de este artículo, *«la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine»*.

(89) Vid. STS de 19 de enero de 1990 (Aranz. 549).

aquél, de modo que se le devolverá la garantía definitiva —y ello a pesar de que no falten desconcertantes, aunque excepcionales, dictámenes del Consejo de Estado que parecen contradecir este planteamiento (90)—. Siendo ésta la regla general, no se debe, sin embargo, descartar la posibilidad de que el deudor pierda la garantía definitiva e, incluso, que se le reclame el pago de daños y perjuicios.

En efecto, en desarrollo de lo previsto en el artículo 113.4 del TRLCAP, el artículo 111 del Reglamento General de la Ley de Contratos incluye una previsión especial para los supuestos en los que la «quiebra» del contratista se pueda calificar de culpable o fraudulenta, en cuyo caso *«llevará consigo la pérdida de la garantía definitiva»*, sin perjuicio de que el órgano de contratación pueda llegar a determinar mediante decisión motivada, previa audiencia del contratista, los daños y perjuicios que deban ser objeto de indemnización, en lo que excedan del importe de la garantía incautada, por razón del incumplimiento culpable del contratista (91). Interpretando estas previsiones en concordancia con la nueva redacción dada por la Ley Concursal a los artículos 111 y 112 del TRLCAP, parece que debemos aplicar tales efectos a los casos en que el concurso sea calificado como «culpable» en los términos de los artículos 164 y siguientes de la nueva Ley Concursal (92).

C) *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con las Administraciones Públicas.*

En plena congruencia con la caracterización de los contratos privados de la Administración contenida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (93), la Ley Concursal precisa en el apar-

(90) Vid. Dictamen núm. 1265/2000, de 25 de mayo.

(91) En este sentido son aplicados los preceptos citados en el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1065/2002, de 18 de julio.

(92) Conforme a lo previsto en el artículo 164.1 de la Ley Concursal, *«el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho»*.

(93) No hace falta recordar que en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, frente a los «contratos administrativos», se califican de «contratos privados» los restantes contratos celebrados por la Administración, y en particular los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables (art. 5.3 TRLCAP). Se trata, en definitiva, de contratos que, parafraseando los términos literales de la Ley —art. 5.2.b)—, no están vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante en la medida en que no satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o no lo declara así una Ley. Junto a ellos, se consideran también de «carácter privado» —en obvia correlación con lo dispuesto en el apartado 2 del

tado 2 de su artículo 67 que *«los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con Administraciones Públicas se regirán en cuanto a sus efectos y extinción, por lo establecido en esta Ley»*.

No podemos pasar por alto las imperfecciones de la literalidad de la norma, cuyas reiteraciones podrían llevar a confusión. Con todo, su tosca redacción permite entender que la declaración de concurso del deudor que hubiera celebrado contratos de carácter privado con Administraciones Públicas tendrá los efectos regulados con carácter general para cualquier tipo de contratos en el Capítulo 3 del Título III de la nueva Ley Concursal, cuyo título es bien expresivo: *«De los efectos sobre los contratos»*. Serán, pues, de aplicación en este caso las previsiones de los artículos 61 a 63 de la Ley Concursal, únicos de los contenidos en este Capítulo que encajan en los supuestos en los que el deudor haya contratado con una Administración Pública.

No es, evidentemente, nuestro propósito comentar específicamente los referidos artículos de la nueva Ley Concursal. Ello excedería el limitado objeto de estas reflexiones y desbordaría la perspectiva exclusivamente jurídico-pública de nuestros comentarios. Sin perjuicio de ello, conviene ahora hacer algunos comentarios menores teniendo en cuenta las especialidades derivadas del hecho de ser una Administración Pública la otra parte contratante del deudor declarado en concurso:

1) Con carácter preliminar conviene destacar que, tratándose de contratos de carácter privado, no plantea ningún problema asumir que la declaración de concurso del contratista de la Administración no ha de afectar por sí sola a su vigencia, en los términos de lo dispuesto en el artículo 61.2 de la nueva Ley (94). No existiendo una particular finalidad pública subyacente al contrato de que se trate, no hay razón para que la posición de la Administración quede especialmente protegida frente a la de un contratante ordinario.

2) Cuando en aplicación de las previsiones del artículo 61.1 de la Ley Concursal se incluyan en la masa activa del concursado crédi-

mismo artículo— los contratos de seguros y bancarios y de inversiones, y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculo. En los términos de lo dispuesto en el artículo 9 del TRLCAP, los contratos privados de las Administraciones Públicas sólo se regirán por las normas administrativas en lo que se refiere a su preparación y adjudicación, aspectos que constituyen un núcleo irreductible de lo público. No obstante, la Ley es clara al precisar en términos taxativos que estos contratos se regirán en cuanto a sus efectos y extinción por las normas de Derecho Privado.

(94) Efectivamente, tal y como prescribe el apartado 2 del artículo 61 de la Ley Concursal, *«la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa (...)»*.

tos frente a la Administración (95), se plantearán, en su caso, los problemas derivados de la inembargabilidad de los bienes públicos. A estos efectos, conviene recordar las novedades que en este punto han introducido los artículos 23 de la Ley General Presupuestaria y 30 de la de Patrimonio de las Administraciones Públicas al ampliar el ámbito de aplicación de este privilegio que había perfilado la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional y a las que ya hemos hecho mención.

4. *Una última reflexión: la aplicación extendida de las reglas de la LCAP sobre la declaración de concurso del deudor a supuestos no estrictamente contractuales*

Las reglas contenidas en la LCAP respecto de los supuestos de insolvencia del deudor, sea en su consideración como posibles contratistas de la Administración, sea en tanto en cuanto ya han entablado con ella determinados contratos, deben ser, igualmente, tenidas en cuenta en relación con supuestos que se escapan de la contratación administrativa en sentido estricto. Existen, en efecto, algunos ámbitos de actuación pública no contractuales en los que las citadas reglas adquieren relevancia, hasta el punto de que, en ocasiones, son objeto de aplicación por remisión.

1) En lo que se refiere, en primer lugar, a la consideración de la declaración de concurso o insolvencia del deudor como causa de prohibición para contratar con la Administración, en el ámbito de la propia LCAP se regulan dos supuestos que, no siendo calificables como contratos administrativos, se someten expresamente a tal causa de prohibición. Éste es el caso de la cesión del contrato (96) y de la subcontratación (97). En ambos casos, los aspirantes a cesionario

(95) En los términos del citado artículo, «en los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso».

(96) En efecto, el artículo 114.2 TRLCAP incluye entre los requisitos para que los adjudicatarios de un contrato administrativo puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros el «que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia exigible de conformidad con los artículos 15 a 20, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente».

(97) Así es por aplicación de lo dispuesto en el artículo 115.4 del TRLCAP, conforme al cual «en ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 20, con excepción de su letra k), de la presente Ley, o que estén incurso en la suspensión de clasificaciones». Vid., al respecto, M. FUERTES LÓPEZ, *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Mar-

y subcontratista no pueden estar incursos en los supuestos regulados en el artículo 20.b) del TRLCAP, con lo que se pretende evitar el posible fraude que implicaría la contratación con la Administración Pública, mediante persona interpuesta, de quienes se encuentren en situaciones de insolvencia contempladas como causas para no poder contratar con aquélla en los términos que comentamos en su momento (98).

Totalmente al margen de la LCAP, aparecen otros supuestos en los que las situaciones de insolvencia de los posibles interesados son consideradas como impedimentos para acceder a los recursos correspondientes. Nos estamos refiriendo, por una parte, al nuevo régimen de las subvenciones públicas —recogido en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones— y, por otra, a la regulación de las concesiones demaniales que ha introducido recientemente la nueva Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, instituciones ambas respecto de cuyo carácter contractual se ha discutido mucho (99). Si en el primer caso no podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones las personas o entidades que hayan solicitado la declaración de concurso, hayan sido declaradas en concurso o insolventes en cualquier procedimiento, estén sujetas a intervención judicial o inhabilitadas conforme a la Ley Concursal (100), la regla contenida en el artículo 94 de la nueva Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, declara aplicable a los interesados en ob-

cial Pons, Madrid, 1998, y, más recientemente, G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subcontratación administrativa*, en «RARAP», núm. 21, 2002, págs. 26-27.

(98) Así lo hace constar E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 75-76 y 105-108, en relación con una y otra figuras, respectivamente.

(99) Sobre la naturaleza jurídica de la subvención, vid. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, págs. 293-462 y, en especial, págs. 321-409, en relación con las tesis contractualistas, desde una perspectiva crítica. Respecto de las concesiones demaniales, es clásica la polémica doctrinal y jurisprudencial acerca del carácter unilateral o bilateral —y, por ende, contractual— de la concesión de dominio público. La clave de esta distinta conceptualización está en el reconocimiento o no a la Administración concedente de poder conformador de las condiciones de la concesión con independencia de la voluntad del concesionario. Sobre este tema pueden verse N. ALCALÁ ZAMORA, *La concesión como contrato y como derecho real*, Madrid, 1918, págs. 7 y 12; C. GARCÍA OVIEDO, *La concesión de servicio público*, Ediciones Velázquez, Sevilla, 1924, pág. 27, y, posteriormente, GAY-MASSO, *Tratado de la Legislación de Aguas públicas y privadas*, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 356.

(100) En los términos literales del artículo citado, «no podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en esta Ley las personas o entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes, salvo que por la naturaleza de la subvención se exceptúe por su normativa reguladora: Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso».

tener una concesión demanial la regulación sobre prohibiciones para contratar con la Administración recogida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (101).

2) Existen también supuestos no contractuales en los que la declaración de concurso o insolvencia del deudor tiene efectos extintivos similares a los que en la LCAP se derivan respecto de los contratos administrativos. Éste es el caso, de nuevo, de los supuestos de subcontratación y cesión administrativa, así como de ciertos títulos habilitantes para el desarrollo de actividades reguladas que, sin embargo, carecen de estricta naturaleza contractual.

En relación con los supuestos de subcontratación y de cesión administrativa, no existe norma específica al respecto en la normativa sobre contratación pública. Este silencio contrasta con la específica prohibición de subcontratar o ceder el contrato con el que se encontrara declarado en concurso o insolvente o, simplemente, respecto del que se hubiera solicitado la declaración de concurso o insolvencia, a la que acabamos de hacer referencia. Parece, con todo, que las mismas razones que justifican la aplicación al subcontratista y al cesionario, por remisión, de la prohibición para contratar justificarían, con igual o más razón, la aplicación extendida de esta causa de extinción al subcontrato, por más que este último tenga carácter meramente privado. Quede, en todo caso, apuntado el problema.

Más claras son las normas respecto de ciertos títulos habilitantes no estrictamente contractuales. En efecto, en el ámbito de algunos sectores liberalizados, a pesar de que se ha abandonado la declaración de servicios públicos de las actividades correspondientes, los títulos habilitantes para el desarrollo de tales actividades han sido regulados tomando como referencia inmediata el régimen del contrato de gestión de servicios públicos contenido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Ello supone —por lo que a nosotros ahora interesa— que la declaración de concurso o de insolvencia del deudor titular de una licencia o autorización para el desarrollo de este tipo de actividades puede traducirse en la extinción de la misma, en la medida en que se remitan —explícita o implícitamente, de manera inmediata o supletoriamente— a los artículos 111 y 112 del TRLCAP las correspondientes legislaciones específicas.

Éste es, de hecho, el caso de las licencias de empresa ferroviaria previstas en la Ley del Sector Ferroviario, ya citada, en cuyo artículo 51.b) se identifica como causa específica de revocación de la tal li-

(101) Según su tenor literal, «en ningún caso podrán ser titulares de concesiones sobre bienes y derechos demaniales las personas en quienes concorra alguna de las prohibiciones de contratar reguladas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».

cencia «*la declaración en estado concursal*» de la empresa ferroviaria, «*salvo que el Ministerio de Fomento constate la viabilidad financiera de la empresa, en un plazo de dos meses desde que aquélla se produzca*». La nueva Ley General de Telecomunicaciones —Ley 32/2003, de 3 de noviembre—, por su parte, se remite a la regulación general sobre contratación de las Administraciones Públicas al establecer el régimen de las obligaciones de servicio público que pueden ser impuestas a los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas debidamente habilitados (102), de modo que si el deudor declarado en concurso o insolvencia tiene asumidas obligaciones de servicio público, tales obligaciones se extinguirán en los términos más arriba descritos (103).

(102) En los términos de lo previsto en el segundo apartado del artículo 20 de la nueva Ley General de Telecomunicaciones, «*los operadores se sujetarán al régimen de obligaciones de servicio público y de carácter público de acuerdo con lo establecido en este título. Cuando se impongan obligaciones de servicio público, conforme a lo dispuesto en este capítulo, se aplicará con carácter supletorio el régimen establecido para la concesión de servicio público determinado por el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio*».

(103) A estos efectos era más clara la situación perfilada por la derogada Ley 11/1998, de 24 de abril, conforme a cuyos artículos 18 y 20 se estableció un régimen de licencias individuales muy cercano al régimen concesional. Vid. al respecto G. FERNÁNDEZ FARRERES, «*Licencias individuales*», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. QUADRA-SALCEDO (coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 101 y ss., quien llega a concluir que «*las llamadas licencias individuales y, en particular, las otorgadas concursadamente, si no son, en realidad, concesiones, al menos, sí son una técnica mucho más próxima a la concesión que a la autorización, a pesar de la calificación que, por imperativo formal del Derecho Comunitario Europeo, la Ley General de Telecomunicaciones les otorga*». Postura en la que insiste posteriormente en *El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía*, en «*Justicia Administrativa*», núm. 18, 2003, págs. 19-20, relativizando el alcance de lo que se califican como procesos de «*despublicación*».