



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 PONTEVEDRA AUTO: 00065/2020

Modelo: N10300
C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Teléfono: 986805108 Fax: 986803962
Correo electrónico:

Equipo/usuario: PA

N.I.G. 36038 47 1 2011 0300017
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000031 /2020
Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 3 de PONTEVEDRA
Procedimiento de origen: SSL SECCION V LIQUIDACION 0000018 /2011

Recurrente: AUTORIDAD PORTUARIA DE VIGO
Procurador:
Abogado: ABOGADO DEL ESTADO
Recurrido: FACTORIAS VULCANO SA, ADMINISTRACION CONCURSAL DE FACTORIAS VULCANO SA (EMILIO RODRIGUEZ DIOS) , DIEGO COMENDADOR ALONSO
Procurador: JOSE RAMON CURBERA FERNANDEZ,
Abogado: BERNARDO TOMAS FERNANDEZ VAZQUEZ, ,

Ilmos. Magistrados

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ
D^a MANUEL ALMENAR BLENGUER
D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ

AUTO NÚM. 65/20

En PONTEVEDRA, a 15 de abril de 2020

En PONTEVEDRA, a veinte de marzo de dos mil veinte.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 1^a, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de SECCION V LIQUIDACION 18 /2011, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 3 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 31 /2020, en los que aparece como **parte apelante**, **AUTORIDAD PORTUARIA DE VIGO**, representado por el ABOGADO DEL ESTADO, y como **partes apeladas**, **FACTORIAS VULCANO SA**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE RAMON CURBERA FERNANDEZ, asistido por el Abogado D. BERNARDO TOMAS FERNANDEZ VAZQUEZ, y **ADMINISTRACION CONCURSAL DE FACTORIAS VULCANO SA (EMILIO RODRIGUEZ DIOS)** , y **DIEGO COMENDADOR ALONSO**, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. **FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Pontevedra, con fecha 20 de noviembre de 2019 , se dictó Auto cuya parte dispositiva expresa:

" Dispongo que debo

1- APROBAR el plan de liquidación propuesto por la administración concursal en sus propios términos con una única modificación:

En la página 18 del plan presentado se fija un plazo de DOS (2) meses desde la aprobación del plan para la presentación de ofertas de adquisición de la unidad productiva, dejando a su vez al administrador concursal potestad para acortar o prorrogar dicho plazo si las circunstancias lo aconsejan, previa consulta al órgano judicial.

2- Formar la Sección Sexta de calificación del concurso, a la que se incorporarán los documentos del artículo 167 LC,

3- Emplazar, por diez días desde la última publicación de la apertura de la sección sexta, a los acreedores del presente concurso y a cualquier persona que acredite interés legítimo, para personarse y ser parte en la sección 6ª alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable,

4- Expídase mandamiento por el secretario para su anotación en el registro mercantil-artículo 24- con indicación de que no es firme."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la Autoridad Portuaria de Vigo se formuló recurso de apelación, el cual fue admitido en ambos efectos, elevándose las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso, designándose ponente al Ilmo. Magistrado D. Francisco Javier Menéndez Estébanez , quien expresa el parecer de la Sala.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han seguido las prescripciones y términos legales.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

RAZONAMIENTOS JURIDICOS



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

PRIMERO.- La Abogacía del Estado (en adelante AE), en nombre y representación de la Autoridad Portuaria de Vigo, interpone recurso de apelación contra el auto que aprueba el plan de liquidación propuesto por la Administración Concursal (en adelante AC). El motivo del recurso se ciñe a una única cuestión. Se impugna la aprobación del plan de liquidación en cuanto a que no considera resuelta una concesión administrativa sobre el dominio público portuario a pesar de que se ha acordado la disolución de la sociedad concursada con la apertura de la fase de liquidación.

La AE, con fundamento en los arts. 96, apartado e) de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobada por RD Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, y art. 145, apartado 3, LC, considera que la concesión administrativa sobre dominio público portuario se extingue por la disolución de la sociedad en concurso, que es precisamente un efecto automático de la apertura de la fase de liquidación sino se ha acordado con anterioridad. Así como que no resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, pues precisamente el art. 9 de dicha norma excluye de su aplicación a las concesiones sobre bienes de dominio público.

Por el contrario la AC sostiene que sí es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, atendiendo a su Disposición Adicional trigésima novena, concluyendo que por su remisión al art. 26 LCSP, estamos antes contratos privados a los que son aplicables los arts. 61.3 y 62.3 LC, de forma que el interés del concurso puede determinar que el juez del concurso opte por no resolver el contrato aunque exista causa de resolución.

Esta última es la tesis que asume la resolución impugnada.

SEGUNDO. Ciertamente la Disposición adicional trigésima novena de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que lleva por título "Régimen de contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias", establece que:

El régimen jurídico de los contratos que celebren Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias será el establecido en esta Ley para las entidades del sector público que, siendo poderes adjudicadores, no tienen la consideración de Administración Pública.

Resulta sin embargo difícil entender que tal disposición lleva a considerar, como consecuencia, que la concesión de dominio público portuario, es un contrato que por aplicación

del art. 26.1 apartado b) LCSP, tenga la consideración de contrato privado.

El art. 9 LCSP excluye de su aplicación las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público, además de los contratos de explotación de bienes patrimoniales. La distinción entre autorizaciones y concesiones sobre bienes demaniales y contratos de explotación sobre bienes patrimoniales es evidente en la citada norma y además se ajusta a la diferente naturaleza jurídica de unas y otras figuras jurídicas. Si acudimos a la tipología clásica de contratos del sector público en los arts. 12 y ss. resulta difícil encajar en ellos a las autorizaciones y concesiones sobre bienes demaniales.

Mediante las autorizaciones y concesiones se regula la utilización de bienes y derechos de dominio público, que tiene un régimen jurídico exorbitante. Dejando a un lado el uso común y los usos especiales, el dominio público también puede ser objeto de un uso privativo mediante la ocupación de una parte del dominio público y que exige un título habilitante que, al margen de una disposición normativa o un acto general de afectación, consiste en la autorización y la concesión administrativa.

El régimen jurídico de ambas es poco nítido, así como sus diferencias. Ahora bien, no cabe duda que la autorización es un acto administrativo, y la concesión administrativa de dominio público, aunque se ha considerado por algún sector como un contrato administrativo, es lo cierto que mediante la misma se otorga a un particular un derecho real *ex novo*, consistente en usar y aprovechar, de forma excluyente, bienes de dominio público en beneficio de la actividad particular y de la colectividad.

Sin embargo, también en el caso de la concesión administrativa de bienes demaniales, no puede decirse que la relación jurídica surgida del otorgamiento tenga un carácter bilateral propio de los contratos, sino que se trata de una relación nacida de un acto administrativo unilateral aunque necesitado de la colaboración del destinatario. Así se percibe con un régimen jurídico muy específico en los arts. 93 y ss. Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Estas consideraciones permiten concluir que la exclusión a que se refiere el art. 9 art. 9 LCSP que excluye de su aplicación las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público, no establece distinción alguna entre las mismas, y siendo su régimen jurídico muy alejado a los de los contratos, y especialmente a los contratos privados, cuando la Disposición adicional trigésima novena de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, establece que: *El régimen jurídico de los contratos que celebren Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias será el establecido en*



esta Ley para las entidades del sector público que, siendo poderes adjudicadores, no tienen la consideración de Administración Pública; se está refiriendo a la tipología de los contratos del sector público que la propia ley regula, y similares, pero no a las autorizaciones ni concesiones administrativas sobre bienes de dominio público, cuyo régimen jurídico es muy diverso y que por eso se justifica la mencionada excepción.

La STS, Sala 3ª, de 7 diciembre 2015, también viene a negar el carácter contractual de la concesión del dominio público portuario.

TERCERO.- Una vez despejada esta cuestión, y en línea con lo alegado por la AE, el AAP Alicante, sección 8ª, nº 75/2014, de 3 de diciembre de 2014, que también trata idéntico caso al que nos ocupa, señala:

Así las cosas, las normas que regulan los efectos del procedimiento concursal respecto de los contratos administrativos serán, de un lado, con carácter general, el artículo 224.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (EDL 2011/252769) ("La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato") y, con carácter especial para las autorizaciones y concesiones administrativas reguladas en la LPEMM, como es nuestro caso, el artículo 96-e) declara la extinción de las concesiones administrativas en el caso de " disolución o extinción de la sociedad, salvo en los supuestos de fusión o escisión."

Si uno de los efectos que produce la apertura de la fase de liquidación respecto de las sociedades concursadas es su disolución de conformidad con lo previsto en los artículos 145.3 de la Ley Concursal (EDL 2003/29207) y 361.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y, así se acuerda expresamente en el Auto de 28 de marzo de 2014 de apertura de la fase de liquidación, la consecuencia que se deriva de todo ello es que la concesión administrativa de la que es adjudicataria la concursada FIT VIA VI, S.L., ya disuelta, es la resolución o extinción de la concesión administrativa de tal manera que no podrá ser objeto de transmisión en el plan de liquidación.

En conclusión, se estima la alegación principal del recurso de apelación en el sentido de excluir del plan de liquidación la transmisión de la concesión administrativa de la que era concesionaria la concursada FIT VIA VI, S.L. al haberse resuelto o extinguido la concesión como consecuencia de la declaración judicial de la disolución de la concursada, haciendo ya innecesario el examen de la alegación subsidiaria del recurso de apelación.

Tal y como se ha expuesto, la aplicación de la legislación específica a que remite el art. 9 Ley 9/2007, significa que, efectivamente la apertura de la fase de liquidación provoca, sino se hubiera acordado antes, la disolución de la persona jurídica en concurso de acreedores (art. 145 LC), y precisamente la disolución de la persona jurídica es causa de extinción de la concesión sobre el dominio público, como establece el art. 96 apartado e) Ley 2/2011, con la única excepción de los supuestos de fusión o escisión.

CUARTO.- El interés de la AC en que no se extinga la concesión deriva de que tal extinción reduciría notablemente el valor de las instalaciones de la concursada pues sobre los terrenos objeto de la concesión es a través de los que se tiene salida al mar, siendo muy difícil la supervivencia de un astillero sin salida al mar.

En relación con lo anterior, el plan de liquidación contempla la enajenación o transmisión del activo como una unidad productiva, como primera opción, con aplicación del art. 146 bis en relación al art. 149 ambos de la LC. Como parte integrante de los elementos que conforman la unidad productiva se recoge, entre otros, la concesión administrativa.

Expuesto lo anterior, la cuestión no debe entenderse resuelta definitivamente por lo que a continuación se dirá. Una de las ideas centrales de la Ley Concursal desde sus inicios ha sido el favorecimiento de la continuidad de la actividad profesional o empresarial tras la declaración del concurso de acreedores, al igual que en las soluciones al concurso. Claramente en la regulación del convenio concursal, como ejemplo la expresa prohibición del convenio de liquidación (art. 100.3 LC), anudando el convenio a la continuidad de la actividad empresarial o profesional. Pero también incluso en la fase de liquidación, ya que el plan de liquidación debe primar la enajenación como un todo de la explotación o unidad productiva, salvo que sean otros los intereses del propio concurso (art. 149.1.1ª LC), ahora en relación con el nuevo art. 146 bis LC que establece especialidades en la transmisión de la unidad productiva.

Esta regulación tiene su interés y relevancia al caso si se considera que la extinción de la concesión administrativa que se produce con la disolución de la sociedad concesionaria, es un efecto consecuente con la liquidación a la que se aboca la sociedad que es disuelta, evitando una enajenación privada de un derecho tan especial.

Ahora bien, la legislación concursal, que en determinados preceptos se convierte en norma especial frente a la norma general reguladora de los supuestos de aplicación en situación ordinaria, precisamente contempla una especialidad favorecedora del mantenimiento de la actividad empresarial o



profesional como es la preferencia por la enajenación como un todo de la explotación o unidad productiva.

En esta línea de principios, la situación mejora tras la reforma llevada a cabo por el RD Ley 11/2014, de 5 de septiembre, que añade el art. 146 bis LC como especialidades de la transmisión de unidades productivas.

De esta forma, la primera opción del legislador ha sido y es la de venta de unidad productiva tanto en fase común (art. 43 LC), en convenio (100 LC) o en liquidación (149 y 146 bis LC) con afectación de los elementos, contratos, concesiones y deudas que operan en la misma o en cualquier unidad productiva. El nuevo art. 146 bis LC no solo se refiere a todo tipo de derechos y obligaciones derivados de contratos, sino que en el apartado 2 se refiere, en el supuesto de transmisión de unidades productivas, a que: *También se cederán aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones.*

No existe argumento alguno, salvo una interpretación meramente literalista de la norma, para entender que cuando hace referencia a licencias y autorizaciones administrativas, se entiendan también incluidas las concesiones administrativas, que participan de una naturaleza similar a las autorizaciones administrativas, las cuales incluso otorgan al particular menos derechos y más inestables.

Es sabido que la distinción entre autorizaciones y concesiones administrativas han sido poco nítidas, incluso en el siglo anterior se utilizaban de forma poco menos que indistinta. La actual Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su art. 86 se refiere a ambas figuras como los dos títulos habilitantes para la utilización de los bienes y derechos destinados a un servicio público, o de bienes de dominio público, siendo la única distinción que siempre será concesión cuando en el uso privativo haya instalaciones fijas (art. 86.3), y el plazo máximo por el que puede otorgarse el título, pues será concesión cuando supere los cuatro años. Pero es en la autorización en la que la Administración ostenta importantes poderes en lo que atañe a revocación o variación, mientras la concesión coloca al sujeto en una posición más estable derivada de la existencia de un derecho subjetivo de carácter real (art. 97 LPAP), y de la que en principio, solo puede ser privado anticipadamente mediante indemnización (art. 100. D) LPAP), mientras que las autorizaciones no otorgan un derecho real, sino facultades más inestables que se desenvuelven en el ámbito posesorio, y son unilateralmente revocables.

Es por ello que no se alcanza a poder apreciar un diferente tratamiento de uno y otro título habilitante desde

la perspectiva del concurso de acreedores. Si la apertura de la fase de liquidación determina la disolución de la sociedad si antes no ha sido acordada, pero la liquidación no se lleva a cabo como una realización aislada sino que, en el marco de un plan de liquidación, se procede a la enajenación de unidades productivas en que el adquirente continuará la actividad de la concursada, se justifica la norma especial del art. 146 bis 2 LC, que prevé la cesión de licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones.

Cesión *ope legis* que se alza como norma especial frente a la norma general del art. 96 e) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, que prevé para supuestos generales y ordinarios como causa de extinción de autorizaciones y concesiones, la disolución o extinción de la sociedad, aunque previendo también una excepción, los supuestos de fusión o escisión. A esta excepción debe añadirse también la prevista en el actual art. 146 bis 2 LC, que debe entenderse integra tanto autorizaciones como concesiones ya que su régimen general es idéntico a estos efectos, y nada justifica la exclusión de las concesiones de esta nueva excepción.

El favorecimiento de la actividad empresarial incluso tras abrirse la fase de liquidación justifica esta consideración del art. 146 bis LC como norma especial respecto de la cesión y continuación en vigor de derechos y obligaciones privados o de naturaleza administrativa, que están afectos a la continuidad de la actividad empresarial o profesional. No cabe duda que el plan de liquidación, en línea con las previsiones del legislador, es lo que pretende, mediante la transmisión de la unidad productiva. Y que ello favorece el mantenimiento de la actividad industrial, empresarial, con la riqueza que ello conlleva para su entorno, conservando el tejido industrial y la actividad laboral con el beneficio social y económico que conlleva.

Así sucede en el presente caso, pues como ha señalado la Administración concursal, los elementos y la actividad de estos astilleros en la construcción de buques, pierden valor sin la concesión administrativa sobre dominio público portuario, que debe entenderse como un elemento esencial afecto a la actividad.

Debiendo matizarse que la no extinción y cesión de la concesión a pesar de la disolución de la sociedad, está íntimamente ligada a que se lleve a cabo de forma efectiva, la transmisión de los elementos, entre ellos la concesión, como una unidad productiva, siempre que el adquirente continúe la actividad en las mismas instalaciones, como exige el art. 146 bis 2 LC. Efecto que no se producirá en caso contrario.



Por todo ello, aunque sea por argumentos diferentes de los expuestos en la resolución de instancia, esta debe confirmarse.

QUINTO. No ha lugar a especial imposición de costas en ninguna de las instancias al tratarse de una cuestión jurídica que plantea serias dudas de derecho.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado, en nombre y representación de la Autoridad Portuaria de Vigo, confirmando la misma, sin especial imposición de costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.