



Roj: **STS 1502/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1502**

Id Cendoj: **28079110012016100222**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/04/2016**

Nº de Recurso: **2535/2013**

Nº de Resolución: **224/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 2622/2013,**
STS 1502/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Abril de dos mil dieciséis.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Sociedad Española de Participaciones Industriales (SEPI) y Comercial y Financiera Vasco Castellana (COFIVACASA), representadas y defendidas por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada el 17 de septiembre de 2013, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el recurso de apelación núm. 828/2012, dimanante de los autos de incidente concursal núm. 383/2011, del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao. Sobre clasificación de créditos. Han sido partes recurridas D. Miguel, representado por la procuradora D.ª Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld y bajo la dirección letrada del mismo recurrido; D. Jose Carlos, D. Alexis, D. Clemente y D. Heraclio representados por la procuradora D.ª Sara Natalia Gutiérrez Lorenzo y bajo la dirección letrada de D. José Luis Luengas Ibarguchi; Babcock Power España, S.A.U. y la Administración Concursal de la misma, representadas por la procuradora D.ª Victoria Brualla Gómez de la Torre y bajo la dirección letrada de D. Manuel López Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El Abogado del Estado, en nombre y representación de la AEAT, Sociedad Estatal de Participaciones Industriales y COFIVACASA, interpuso demanda incidental concursal contra Babcock Power España SAU y la administración concursal de dicha sociedad, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que se ordene modificar la lista de acreedores en los términos siguientes:

LISTA DE ACREEDORES

»1.- AEAT: Con base en todo lo anterior, esta parte solicita la modificación de la lista de acreedores con el fin de que en la misma se reconozca a favor de la AEAT un crédito concursal por importe de 1.176,87 euros con el siguiente desglose:

- Privilegiado general del artículo 91.4 de la LC . 512,97 euros;
- Ordinario 512,97 euros;
- Subordinados 150,93 euros;

»Igualmente solicitamos sea reconocido a su favor un crédito contra masa por importe de 150 euros. Subsidiariamente, si el ilícito se entendiese cometido con anterioridad a la declaración de concurso, solicitamos que este crédito sea reconocido como concursal subordinado.



»2.- COFIVACASA

»- Que el crédito por importe de 2.404.048,42 euros de principal y 8.287,96 euros de intereses -éste ya se encuentra reconocido como tal y debe mantenerse- debe reconocerse exclusivamente a favor de COFIVACASA, en su condición de sucesora de la entidad que inicialmente figuraba como prestamista en el contrato de cesión y novación de préstamo de 15 de septiembre de 2.008.

»- Que el crédito por importe de 2.404.048,42 euros de principal debe ser clasificado como crédito ordinario.

»3.- SEPI

»- Que el crédito que puede nacer a favor de la SEPI frente a BABCOCK POWER ESPAÑOLA SA es un crédito contra la masa.

»- Subsidiariamente solicitamos que sea clasificado como concursal ordinario.

»INVENTARIO

»Debe disminuirse el valor de los activos inmobiliarios para ajustarse a su valor de mercado a fecha de presentación del informe por la administración concursal [...].»

2.- La demanda fue presentada el 6 de mayo de 2011 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao y fue registrada con el núm. 383/2011 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a las partes demandadas.

3.- El procurador D. Juan Fernando Setién García, en representación de Babcock Power España, S.A.U, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] se dicte sentencia en virtud de la cual:

»1.- Reconozca el crédito comunicado tardíamente por la AEAT como crédito subordinado.

»2.- Desestime íntegramente la pretensión de COFIVACASA de calificar su crédito como ordinario.

»3.- Desestime íntegramente la pretensión de SEPI de calificar su crédito como contra la masa.

»4.- Desestime íntegramente la pretensión de AEAT, COFIVACASA y SEPI respecto de la valoración del inventario efectuada por la administración concursal.

»5.- Condene en costas a COFIVACASA y SEPI por resultar desestimadas todas sus pretensiones».

4.- Los administradores concursales D. Teodulfo y D. Marco Antonio , en representación de la Administración Concursal Babcock Power España S.A.U., presentaron escrito de contestación a la demanda en el que solicitaban:

«[...]se dicte sentencia, en virtud de la cual se realicen los siguientes pronunciamientos:

1º.- Se reconozca como crédito subordinado el crédito tardíamente comunicado por AEAT.

2º.- Se desestime íntegramente la pretensión de COFIVACASA de calificar su crédito como ordinario, manteniendo el contenido del informe de la AC como crédito subordinado.

3º.- Se desestime íntegramente la pretensión de la SOCIEDAD ESTATAL DE PARTICIPACIONES INDUSTRIALES de calificar su supuesto crédito como contra la masa en concepto de reintegro del importe de garantías a los trabajadores, calificando como concursal, contingente y subordinado.

4º.- Se desestime íntegramente la pretensión de los impugnantes AEAT, SOCIEDAD ESTATAL DE PARTICIPACIONES INDUSTRIALES y COFIVACASA de que la valoración de los activos inmobiliarios contenidos en el inventario del informe de esa AC no se ajustan a su valor a la fecha de presentación del informe.

5º.- Se condene expresamente a las costas del presente incidente a todos los recurrentes.»

5.- El letrado D. Miguel , en nombre y representación de varios trabajadores de la concursada Babcock Power España S.A.U, presentó escrito de contestación a la demanda, en el que ratificaba el informe de los Administradores Concursales, y la configuración del crédito litigioso como concursal subordinado, ex artículo 93.2.2º de la LC .

6.- El letrado D. José Luis Luengas Ibargutxi, en nombre y representación de varios trabajadores de Babcock Power España, S.A.U., presentó escrito de contestación en el que solicitaba la desestimación de la demanda planteada.

7.- Los letrados D. Tomás Arribas Gregorio, en nombre de Comisiones Obreras de Euskadi; D. Javier López García, en nombre de la Unión General de Trabajadores; D.ª Naiara Olaskoaga Bereziartua, en nombre de la



Confederación Sindical ELA y los Graduados Sociales D. Ignacio Javier de Luis Heras, en nombre de LAB y D. Jesús Sainz-Espiga Resines, en nombre de ESK, presentaron escrito de contestación en el que solicitaban:

«se desestime la impugnación de la lista de acreedores realizada por AEAT, SOCIEDAD ESTATAL DE PARTICIPACIONES INDUSTRIALES (SEPI) Y COFIVACASA S.A.».

8.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao dictó sentencia, de fecha 6 de junio de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO

»1.- ESTIMAR PARCIALMENTE la impugnación de AEAT, la SOCIEDAD ESTATAL DE PARTICIPACIONES INDUSTRIALES (SEPI) Y COFIVACASA, asistidos por la Abogacía del Estado; frente a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de Babcock Power España SA; y frente a la propia concursada BABCOCK POWER ESPAÑA SA, representada por el procurador de los Tribunales D. Juan Fernando Setién García; siendo partes intervinientes: el Letrado Miguel en representación de los trabajadores que identifica en su escrito de 18 de mayo de 2.012; el Letrado D. JOSE LUIS LUENGAS IBARGUTXI en representación de los trabajadores que identifica en su escrito de fecha 18 de mayo de 2.012; y los sindicatos COMISIONES OBRERAS DE EUSKADI, CONFEDERACIÓN SINDICAL DE ELA, LAB y ESK.

»2.- Reconocer a favor de la AEAT un crédito contra la masa por importe de 150 euros, y un rédito concursal por un global de 1.176,87 euros, desglosado en 512,97 euros como crédito con privilegio general del artículo 91.4 LECO, 512,97 euros como crédito ordinario y 150,93 euros como crédito subordinado.

»3.- Mantener los créditos subordinados por importe de 2.404.048,42 euros, y 8.287,96 euros, por la cuotas devengadas e impagadas del contrato de préstamo concertado en fecha 15 de setiembre de 2.008, si bien exclusivamente a favor de COFIVACASA.

»4.- Mantener el crédito concursal contingente en relación al reintegro de las garantías a los trabajadores abonadas por la SOCIEDAD ESTARAL DE PARTICIPACIONES INDUSTRIALES (SEPI) que nacerá en su momento, con la categoría de subordinado, con la cuantía que corresponda.

»5.- Modificar el valor de inventario de los activos inmobiliarios, fijando el mismo en la cantidad de 64.621.436 euros.

»6.- Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y la comunes, si la hubiere, por mitad».

9.- El 18 de junio de 2012, dictó auto de rectificación de la sentencia, con la siguiente parte dispositiva:

»1.- SE ACUERDA RECTIFICAR la Sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 6/6/2012 en el sentido que se indica en los antecedentes de hecho de esta resolución.

»2.- La Sentencia 154/12 de fecha 6/6/2012 queda definitivamente redactada en los particulares señalados en los antecedentes, incluyéndose al sindicato MCA- UGT en el apartado 5º de los ANTECEDENTES DE HECHO, así como el apartado 3º de los FUNDAMENTOS DE DERECHO y, en el punto 1º del FALLO de la referida resolución».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el Abogado del Estado, en la representación procesal y defensa que legalmente ostenta de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales y Cofivacasa.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que lo tramitó con el número de rollo 828/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 17 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por LA SOCIEDAD ESTATAL DE PARTICIPACIONES INDUSTRIALES (SEPI) Y COFIVACASA (COMERCIAL Y FINANCIERA VASCO CASTELLANA SA), representadas por el Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 6 de junio de 2012 y los autos aclaratorios de 18 de junio y 19 de septiembre de 2012, en el Incidente Concursal de BPE nº 383/11 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la misma, con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en esta alzada».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- El abogado del Estado en representación de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) y COFIVACASA, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:



«Primero.- Infracción de los arts. 92.5 (en redacción aplicable, que es la redacción anterior a la reforma operada en la LC por la Ley 38/2011) y 93.2.2 de la Ley 22/2003, Concursal, en relación con los arts. 10 y 11 de la Ley 5/1996, de 10 de enero, de Creación de Determinadas Entidades de Derecho Público, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 15/1997, de 5 de septiembre, de modificación de la anterior, y el art. 128.2 de la Constitución Española de 1978, aplicable para resolver sobre la cuestión principal objeto del proceso.

Segundo.- El interés casacional se justifica en el desconocimiento y oposición, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia que ahora se recurre, de la doctrina sentada por la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 721/2012, de 4 de diciembre (RJ\2013\2405), y la Sentencia núm. 55/2008, de 8 de febrero (RJ\2008\2664), y la Sentencia núm. 261/2007 de 14 de marzo (RJ\2007\1793).»

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 14 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) y Comercial y Financiera Vasco Castellana S.A (COFIVACASA), contra la sentencia dictada, con fecha 17 de septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Cuarta), en el rollo de apelación nº 828/12, dimanante de los autos de incidente concursal 383/11 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao.

2º.- Entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la parte recurrente, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada en esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.»

3.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 2 de febrero de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 10 de marzo de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- Son hechos declarados probados por la sentencia recurrida, los siguientes:

1.1.- La empresa Babcock Wilcox Española, S.A. (en adelante, BWE) fue constituida el 1 de marzo de 1918. Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de Junio de 1996, fue intervenida por el organismo autónomo Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (en adelante, SEPI), que adquirió la totalidad de acciones, al amparo de lo previsto en la Ley 5/1996, de Creación de determinadas Entidades de Derecho Público; con la finalidad de sanearla financieramente y reprivatizarla.

1.2.- En junio de 2006, SEPI traspasó todas las acciones de BWE a una sociedad constituida al efecto, denominada COFIVACASA.

1.3.- La junta general de BWE de 28 de junio de 2010, aprobó la absorción total de la sociedad por COFIVACASA. Dicha absorción se instrumentó en escritura pública de 27 de septiembre de 2010.

1.4.- BWE era accionista única de la sociedad Babcock Montajes, S.A. (en adelante, BME), cuyas acciones fueron transmitidas en su totalidad a una sociedad constituida el 3 de octubre de 2001, bajo la denominación Babcock Borsing España, S.A., que posteriormente pasó a denominarse Babcock Power España, S.A. (en adelante, "BPE", o la concursada). Esta operación se realizó en el marco del proceso de privatización de la sociedad BWE, ejecutado por la SEPI y con las pertinentes autorizaciones del Consejo de Ministros, previa segregación de una rama de actividad de BWE, que incluía bienes inmuebles, maquinaria, instalaciones, equipos, determinados contratos vinculados a los activos y necesarios para el desarrollo del objeto social, determinados contratos de construcción, montaje y suministro, y la totalidad de las relaciones laborales correspondientes a una plantilla de 650 empleados.

1.5.- La totalidad de las acciones del capital social de BPE fueron adquiridas el 30 de enero de 2004 por un grupo empresarial austriaco, denominado AEE/A- TEC. Previamente, se había suscrito un acuerdo al efecto por parte de AEE/A-TEC, SEPI, BWE y BPE.



1.6.- BPE fue declarada en concurso por auto de 20 de diciembre de 2010.

2.- La SEPI es una entidad de derecho público para la gestión de las participaciones industriales de titularidad pública. A su vez, es titular de la totalidad del capital social de la sociedad COFIVACASA (Comercial y Financiera Vasco Castellana, S.A.).

3.- El 22 de febrero de 2001 se firmó un acuerdo socio-laboral entre la SEPI y las Federaciones Sindicales de UGT y CCOO, con la finalidad de garantizar las indemnizaciones de los trabajadores del grupo en caso de extinción de sus contratos de trabajo.

4.- El 25 de abril de 2001, BWE (entonces accionista único de BME) prestó a BME 2.404.048,42 €. Dicho préstamo se novó el 10 de febrero de 2004, y pasó a ser un préstamo participativo. Y el 15 de septiembre de 2008, mediante escritura otorgada por BWE, BME, BPE y SEPI, se realizó otra novación y el préstamo participativo tornó a ser préstamo ordinario, en el que figuró como prestamista BWE (hoy COFIVACASA) y como prestataria BPE (la concursada).

5.- El 17 de julio de 2008 se suscribió un contrato de adopción de medidas complementarias del plan industrial (elevado a escritura pública el 4 de agosto siguiente), en el que fueron parte la posteriormente concursada BPE y las compañías austriacas que forman el grupo AEE/A-TEC (A-Tec Industries AG, Austrian Energy & amp; amp; Enviroment AG & amp; amp; "CO FG, AE & amp; amp;" y E Gropuop GMBH). Al contrato se aportó como anexo, entre otros, el Acuerdo Socio-laboral 22 de febrero de 2001.

En la estipulación 2.ª de dicho contrato se establecen las obligaciones de AEE/A-TEC y BPE hasta el 31 de mayo de 2011, que sucintamente eran: 1) Destinar los fondos que aporten SEPI y BWE a las finalidades previstas; 2) No distribuir dividendos y no realizar operaciones que impliquen gastos o desembolsos no correspondientes a operaciones comerciales; 3) Mantener la plantilla de trabajadores fijos; 4) No transmitir participaciones del capital social que impliquen pérdida de posición del Grupo AEE/A-TEC como socio mayoritario y de control de BPE; 5) Necesidad de autorización previa para iniciar cualquier proceso de fusión, escisión, cesión global de activos y pasivos; 6) Mantenimiento de fondos propios y patrimonio neto de la compañía; 7) Mantenimiento de la sede social y el centro productivo en España; 8) Prestar el soporte financiero necesario para el desarrollo de su actividad industrial; 9) Proporcionar el soporte de las redes comerciales y de compras del Grupo; 10) Realizar inversiones por importe de 9,3 millones de euros; 11) Prohibición de transmisiones y gravámenes de bienes inmuebles sin autorización previa de la SEPI; y 12) Aportar información a la SEPI.

Específicamente, BPE se obligó a reintegrar los importes satisfechos por la SEPI, entre lo que se incluía una aportación para la cobertura de inversiones y el plan laboral por una cantidad máxima de 27.440.000 euros.

6.- Mediante autos de 12 de abril y 13 de mayo de 2011, dictados en el seno del concurso de acreedores, se extinguieron la totalidad de las relaciones laborales de la plantilla de trabajadores de BPE.

SEGUNDO.- *Recurso de casación.*

Motivo primero:

Planteamiento:

1.- El Abogado del Estado enunció dos motivos de casación, al amparo del artículo 477.2.3.º LEC. El primero, por infracción de los arts. 92.5 (en su redacción anterior a la Ley 38/2011) y 93.2.2 de la Ley Concursal (LC), en relación con los arts. 10 y 11 de la Ley 5/1996, de 10 de enero, de Creación de Determinadas Entidades de Derecho Público (en la redacción dada por Real Decreto-Ley 15/1997, de 5 de septiembre) y el art. 128.2 CE. Y el segundo, por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el administrador de hecho, contenida en las sentencias de esta Sala 721/2012, de 4 de diciembre; 55/2008, de 8 de febrero; y 261/2007, de 14 de marzo.

2.- Dichos motivos se fundamentan, resumidamente, en que SEPI y COFIVACASA no son administradores de hecho de la sociedad concursada, así como que la sentencia recurrida confunde los conceptos de administrador de hecho y agente privatizador del Gobierno de la Nación. Confusión que constituye una quiebra de los principios más básicos que inspiran la actividad de fomento, planificación e intervención en la economía que corresponde a los poderes públicos.

3.- Dada la interconexión conceptual y funcional de ambos motivos de casación, se resolverán conjuntamente.

Decisión de la Sala:

1.- La única definición que existe en nuestro Derecho positivo sobre la figura del administrador de hecho se recoge, a efectos de extensión de la responsabilidad societaria, en el art. 236.3 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), conforme al cual:



«tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad».

Aunque dicho precepto no sea de aplicación directa al caso, nos puede servir de orientación para delimitar los perfiles de esta figura.

2.- La sentencia de esta Sala núm. 421/2015, de 22 de julio, con remisión a la sentencia 721/2012, de 4 de diciembre, resume la jurisprudencia en la materia, al decir:

«esta Sala ha declarado que lo son [administradores de hecho] "quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición" (sentencias 261/2007, de 14 de marzo ; 55/2008, de 8 de febrero ; 79/2009, de 4 de febrero ; 240/2009, de 14 de abril ; y 261/2007, de 14 de marzo). Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general».

Conforme a esta jurisprudencia, la noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad.

3.- Según el art. 10.2 de la Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público, la SEPI debe cumplir los siguientes objetivos generales, bajo la dependencia y supervisión del Ministerio de Industria y Energía:

«a) La obtención de mayor rentabilidad de las acciones y participaciones que se le adjudiquen, de acuerdo con las estrategias industriales de las sociedades participadas por la Sociedad Estatal.

»b) La fijación de criterios para una gestión de las acciones y participaciones que se le adjudiquen acorde con el interés público.

»c) La gestión y amortización de la deuda generada por el Instituto Nacional de Industria.

»d) La ejecución en el ámbito de las empresas de que sea titular, de las directrices del Gobierno en materia de modernización y reestructuración industrial, los regímenes especiales y derogaciones parciales de las normas comunitarias sobre competencia, de acuerdo con lo previsto en el Tratado de la Unión Europea».

A su vez, conforme al art. 11 de la misma Ley, corresponden a la SEPI las siguientes funciones:

«a) Impulsar y coordinar las actividades de las sociedades de las que sea titular.

b) Fijar la estrategia y supervisar la planificación de las sociedades que controle en los términos establecidos en la legislación mercantil aplicable y en aquellas en cuyo capital participe mayoritariamente de manera directa o indirecta, así como llevar a cabo el seguimiento de su ejecución, velando por el cumplimiento de los objetivos que respectivamente tengan señalados. La gestión ordinaria de las sociedades participadas corresponderá a sus propios órganos de administración y serán controladas de conformidad con lo establecido por el texto refundido de la Ley General Presupuestaria y demás disposiciones o mecanismos de control aplicables.

»c) La tenencia, administración, adquisición y enajenación de sus acciones y participaciones sociales.

»d) La realización de todo tipo de operaciones financieras pasivas, cualquiera que sea la forma en que se instrumente, incluso la emisión de obligaciones convertibles o no, bonos, pagarés y otros títulos análogos, así como otros instrumentos de gestión de tesorería y deuda.

»Igualmente, podrá garantizar operaciones concertadas por empresas participadas directa o indirectamente. Todo ello sin perjuicio de la obtención de las autorizaciones administrativas que, en su caso, fueren necesarias.

»e) La realización respecto de las sociedades participadas, directa o indirectamente, de todo tipo de operaciones financieras activas y pasivas.



»f) Las demás funciones que, a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, le atribuya el Gobierno en materia de modernización del sector público empresarial del Estado».

4.- El ejercicio por parte de la SEPI de estas funciones legales para el cumplimiento de los objetivos indicados, no puede suponer la calificación de dicho organismo como administrador de hecho, a efectos de subordinación de sus créditos. Según la normativa transcrita, especialmente el art. 11 b) de la Ley 5/1996 (redactado por el Real Decreto-Ley 15/1997), el proceso privatizador encomendado a la SEPI supone la adopción de medidas de estructuración y saneamiento, pero no conlleva la asunción de la gestión ordinaria de la actividad ni la dirección de su actividad, que sigue encomendada a sus órganos de administración, conforme a lo previsto en la legislación mercantil. Básicamente, la actividad de la SEPI consiste en establecer unas pautas de viabilidad y supervisar que las mismas se cumplen. Se trata de una actividad de control de los fondos públicos empeñados en la actividad administrativa propia de fomento ejercida por dicha sociedad estatal. A diferencia de la intervención administrativa, en que se suprime la capacidad decisoria de las empresas intervenidas, en la actividad de fomento se estimulan comportamientos empresariales con la finalidad de cumplir los objetivos de interés público general o general que establezcan los poderes públicos, pero no se asume la dirección orgánica y funcional de la empresa.

5.- De los propios hechos declarados probados en la instancia no se desprende que SEPI o COFIVACASA realizaran más aportaciones de fondos a la sociedad concursada que los previstos en el marco del Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de julio de 2008. Ni que tales entidades hayan fijado la política financiera de la concursada, por ejemplo mediante la participación en negociaciones o acuerdos con entidades de crédito, ni mediante el establecimiento de marcos de financiación. Tampoco consta que SEPI o COFIVACASA impartieran instrucciones sobre la contabilidad o sobre la formulación de las cuentas anuales; ni que hayan intervenido en la selección o gestión de clientes. En el caso concreto de las relaciones laborales, que fue donde más incidencia tuvo la aportación financiera de la SEPI, ya que se comprometió a abonar las garantías socio-laborales pactadas con los representantes de los trabajadores, tampoco consta que ni SEPI ni COFIVACASA intervinieran en la negociación de las relaciones laborales, ni que asumieran el papel de empleadores, lo que incluso ha sido negado en la jurisdicción social (sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2010).

6.- De las posibilidades imaginables de ejercicio de una administración de hecho, ni se puede atribuir a las entidades recurrentes la condición de socias de control, puesto que no solo no llegaron en ningún momento a adquirir la cualidad de accionistas, sino que tampoco consta que condicionaran sistemáticamente las decisiones de los órganos sociales. Ni tampoco tienen la cualidad de socias ocultas, ya que, como hemos visto, sus funciones no eran de gestión o administración, sino únicamente de supervisión y control de los fondos públicos invertidos por la administración. Actividad que no tiene encaje en las características del administrador de hecho que ha establecido la antes citada jurisprudencia de esta Sala.

Por tanto, la sentencia recurrida confunde la actuación administrativa de tutela y supervisión del proyecto empresarial en el marco del proceso privatizador con la actuación de un administrador de hecho, sin que un agente privatizador que actúa conforme a la normativa administrativa en la materia pueda tener tal condición; puesto que ello supone también confundir la actuación administrativa propia de la actividad privatizadora con la figura administrativa de intervención de empresas, que aquí no se dio.

7.- Si precisamente la tendencia legislativa consiste en no subordinar los créditos de las entidades financieras que contribuyen a la refinanciación de los deudores en riesgo de insolvencia (véanse las reformas del artículo 93.2.2.º de la Ley Concursal llevadas a cabo por las Leyes 14/2013, de 27 de septiembre; 17/2014, de 30 de septiembre; y 9/2015, de 25 de mayo), no parece adecuado aplicar la subordinación a entidades o sociedades públicas que cumplen la misma función. Aunque sea posterior a los hechos enjuiciados, resulta interesante, a estos efectos, la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 (DOUE L 74/65, de 14.3.2014), que ofrece un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, al postular que el Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, debería extender su ámbito de aplicación a procedimientos preventivos que promuevan el rescate de un deudor económicamente viable y ofrezcan una segunda oportunidad a los empresarios.

8.- Por todas las razones expuestas, el recurso de casación debe ser estimado.

TERCERO.- *Asunción de la instancia.*

1.- Casada la sentencia recurrida, debemos asumir la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.



2.- Damos por reproducido lo argumentado al resolver el recurso de casación, por lo que el crédito de COFIVACASA, por importe de 2.404.048,42 €, derivado de las cuotas devengadas e impagadas del contrato de préstamo de fecha 15 de septiembre de 2008, se reconoce como crédito ordinario, conforme al art. 89 LC .

3.- En lo que respecta al crédito de SEPI, derivado del reintegro de las garantías a los trabajadores, el nacimiento de dicho crédito no tuvo lugar como consecuencia de un contrato con obligaciones recíprocas, en los términos del art. 61 LC , o por lo menos con reciprocidad respecto de la sociedad concursada (BPE). Y ello, porque aunque se añadió como anexo al contrato de 17 de julio de 2008 el acuerdo socio-laboral suscrito por la SEPI con las federaciones sindicales, BPE no fue parte en el mismo, ni contrajo ninguna obligación recíproca con la SEPI, de manera que, con fundamento en el acuerdo socio-laboral BPE no podía exigir el cumplimiento de ninguna obligación a la SEPI, ni tampoco podía exigirle que abonara las garantías comprometidas a favor de los trabajadores. En consecuencia, al no proceder el crédito en cuestión de una obligación recíproca pendiente de cumplimiento entre la acreedora (SEPI) y la concursada, sino de una relación contractual de garantía anterior a la declaración de concurso (aunque los pagos se puedan realizar posteriormente), lo que pueda terminar abonando la SEPI a los trabajadores tendrá el carácter de crédito contingente sin cuantía propia, y carácter ordinario, a tenor de los arts. 87.3 y 89 LC .

CUARTO.- Costas y depósitos .

1.- De conformidad con lo previsto en los artículos 394.2 y 398.2 LEC , no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias, ni de las del recurso de casación.

2.- Igualmente, procede la devolución del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) y COFIVACASA, contra la sentencia de fecha 17 de septiembre de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, en el recurso de apelación núm. 828/12 .

2.º- Casar y anular dicha sentencia. Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las mismas recurrentes contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao, en el incidente concursal n.º 383/2011, del concurso ordinario n.º 853/2010, de la sociedad Babcock Power España, S.A. (BPE). En su virtud, se mantienen los pronunciamientos de la sentencia del juzgado mercantil no recurridos en apelación, y se dejan sin efecto los pronunciamientos impugnados, que quedan sustituidos por los siguientes:

a) Se reconoce a COFIVACASA un crédito ordinario por importe de 2.404.048,42 €.

b) Se reconoce a SEPI un crédito contingente sin cuantía propia y carácter ordinario, por los pagos a los trabajadores que acredite en cumplimiento de las garantías asumidas en el acuerdo sociolaboral.

3.º- No hacer imposición de las costas de los recursos de apelación y casación. No imponer las costas de primera instancia.

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marin Castan, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres. Firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro Jose Vela Torres** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.