

Administración de hecho y contratos de financiación

En los últimos tiempos se han dado varios casos en los que entidades financieras acreedoras han sido acusadas de haber actuado como administradores de hecho de sociedades declaradas en concurso, por razón de actuaciones realizadas antes de que se produjera la insolvencia.

La sentencia dictada el 3 de junio de 2014 por el Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid (concurso de Mag Import S.L.) ayuda a situar este debate en sus justos términos.

Aspectos a destacar

- La amenaza de la administración de hecho
- La jurisprudencia sobre administración de hecho
- El tratamiento de la administración de hecho en la sentencia de 3 de junio de 2014
- Conclusión

La amenaza de la administración de hecho

En varios concursos que se encuentran en tramitación se ha atribuido a las entidades financieras acreedoras la condición de administradores de hecho de la sociedad concursada, por razón de la influencia ejercida sobre ella antes de la declaración de concurso.

Como es sabido, es frecuente que en el ámbito de las financiaciones sindicadas (en cualquiera de los productos en que pueda haber un sindicato o grupo de bancos, ya sea financiación de proyectos, leveraged buy-outs, financiación corporativa, refinanciaciones...) las entidades financieras establezcan en la documentación contractual una serie de restricciones a la actuación de la compañía deudora por medio de obligaciones de hacer, obligaciones de no hacer, manifestaciones y garantías, etc. Este entramado contractual, de mayor o menor complejidad, es campo de cultivo para que las entidades financieras puedan ser acusadas de haber llevado a cabo una "administración de hecho", lo que conllevaría la trascendental consecuencia (explicada más abajo) de su calificación en el concurso como persona especialmente relacionada.

El fundamento legal de esta hipótesis de subordinación es el art. 92.5º en relación con lo que dispone el art. 93.2.2º de la Ley Concursal (“LC”).

La condición de administrador de hecho puede resultar directamente del Informe del administrador concursal, mediante la subordinación del crédito del acreedor en cuestión (lo que obliga al acreedor a formular impugnación), o bien puede responder a la iniciativa del deudor, cuando impugna el Listado de acreedores para que, quien ha sido considerado como acreedor ordinario por la administración concursal, vea subordinado su crédito por esta causa.

La administración de hecho reviste una gravedad enorme, atendiendo a sus consecuencias: no sólo determina la subordinación de los créditos del acreedor calificado como persona especialmente relacionada, sino que también arrastra la cancelación de las garantías reales una vez que esta condición adquiera firmeza (art. 97.2 LC). También es posible atribuir al administrador de hecho responsabilidad en la causación o agravación de la insolvencia, lo que en casos excepcionales puede llevar a la condena a responder por deudas sociales (art. 172 bis LC).

A la vista de este escenario legal, no cabe duda de que el mero planteamiento de la administración de hecho puede alterar por completo el escenario del concurso. El deudor puede atisbar una posibilidad de despejar las garantías de su pasivo, desplazando a sus principales acreedores a la condición de pasivo ordinario, a efectos de un convenio. Los acreedores verán surgir un riesgo de consecuencias difíciles de prever, no sólo en lo que se refiere a la recuperación de sus créditos, sino también porque podrían incurrir en responsabilidad adicional. Desde esta perspectiva, la administración de hecho puede ser utilizada por el deudor o por los administradores concursales como un mecanismo de presión muy poderoso frente a los acreedores financieros, que son casi siempre el principal pasivo.

En muchos casos, es la propia concursada la que suscita la existencia de una administración de hecho. Cuando así sucede, resulta paradójico que quien ha venido recabando las instrucciones de sus acreedores venga después a cuestionar esta dinámica, poniendo en entredicho su propia conducta. En efecto, un tercero sólo puede asumir la administración cuando el administrador formal ha hecho dejación de sus funciones. Se puede llegar incluso al extremo de que sea el deudor quien, en previsión del concurso posterior, vaya poniendo cebos a sus acreedores, a efectos de preconstituir prueba en el posterior concurso, donde acabará utilizando esta amenaza para forzar al acreedor a negociar.

Puede suceder en estos casos algo parecido a lo que acontece con las acciones de reintegración, donde con frecuencia es la propia sociedad concursada (la misma que unos meses antes suscribió de forma libre y voluntaria una refinanciación o tuvo a bien otorgar garantías en beneficio de otra sociedad del grupo) la que de pronto se entusiasma con la posibilidad de mermar la posición de sus acreedores, en flagrante contravención de sus propios actos.

La jurisprudencia sobre administración de hecho

En resumen, la administración de hecho supone un desplazamiento hacia un tercero de las facultades decisorias que son propias del órgano de administración.

La doctrina mercantil siempre ha subrayado que la administración de hecho constituye un fenómeno anómalo, una patología de la vida societaria. Una jurisprudencia consolidada ha ido delimitando los requisitos que deben concurrir para que se aprecie este fenómeno: en resumen, el desarrollo por quien no forma parte del órgano de administración de actuaciones de administración y gestión de la sociedad, de forma autónoma y continuada en el tiempo.

Sobre la base de esta construcción jurisprudencial, las sucesivas reformas de la legislación mercantil y concursal han asimilado la figura del administrador de hecho al administrador de derecho, a efectos de responsabilidad. Se ha producido un reconocimiento formal de lo que hasta la fecha venía siendo declarado por la jurisprudencia, sobre unos presupuestos que no han variado.

A la vista de la jurisprudencia que se ha dictado hasta ahora en el ámbito concursal, seguimos sin tener dudas de la excepcionalidad de esta figura, que los tribunales siguen aplicando con cautela.

El tratamiento de la administración de hecho en la sentencia de 3 de junio de 2014

Es sabido que los contratos de financiación facultan a las entidades financieras para realizar actuaciones que sin duda afectan a las facultades del deudor para gestionar y disponer de su patrimonio.

En efecto, es frecuente que acreedores y deudor acuerden que la realización por éste de determinados actos (entre otros, ciertos pagos) queda sometida a la aprobación de aquellos. De este modo se aseguran las partes que el deudor destina la liquidez de la que dispone a los fines pactados en el contrato y, en último término, al pago de la deuda. En este caso, el deudor sigue estando en condiciones de disponer de su dinero, incluso en contra de lo pactado, pero si lo hace incurriría en un incumplimiento contractual.

Cuando, además, existen garantías tales como una prenda sobre cuentas corrientes, las facultades de disposición se encuentran en sí misma limitadas, de modo que el deudor necesita la autorización expresa de los acreedores para realizar determinados pagos (en ocasiones se establecen procedimientos de disposición en función de importes o destinos). Estos mecanismos de bloqueo son accesorios a la garantía, que de otro modo no produciría efectos durante la fase de seguridad de la prenda.

Hasta hace unos años, a nadie se le había ocurrido pensar que las facultades que atribuyen estos contratos a las entidades financieras podían dar lugar a un fenómeno de administración de hecho. Las primeras alarmas saltaron a raíz del concurso de Aifos, donde el Juzgado Mercantil de Málaga

entendió lo contrario (sentencia de 7 de abril de 2011). Dejando a un lado la fundamentación jurídica de esta sentencia, muy cuestionable, basta con leerla para constatar que los hechos que se declararon probados no responden a lo que suele ser normal en estos casos.

Como decíamos, la existencia en los últimos tiempos de varios concursos en los que se ha atribuido a los acreedores financieros la condición de administradores de hecho ha devuelto esta cuestión a la actualidad. En estos tiempos son muy numerosas las sociedades que, bien porque están dando cumplimiento a lo pactado en las refinanciaciones ya concluidas, bien porque están negociando esas refinanciaciones, necesitan el apoyo de sus acreedores para salir adelante. En ese contexto, las entidades acreedoras se encuentran en un difícil trance: el mismo deudor que está ahora pidiendo su apoyo y ofreciendo su colaboración de cara a asegurar el cumplimiento de lo pactado, puede aparecer dentro de unos meses denunciando una ilegítima intromisión de las entidades acreedoras en su ámbito de administración y gestión. La pregunta es evidente: ¿hasta donde puede llegar una entidad acreedora en estos casos?

La respuesta depende del caso concreto. Pero de la sentencia del Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid de 3 de junio de 2014 pueden extraerse algunas conclusiones interesantes.

Por una parte, por más que sea conocida, no está de más el recuerdo por la sentencia de la doctrina del Tribunal Supremo sobre los presupuestos generales de esta construcción. En este sentido, el Juzgado constata que lo que han hecho las entidades financieras ha sido “supervisar y exigir el cumplimiento del contrato de financiación, en defensa de sus intereses legítimos”. Esto es, las entidades acreedoras se han limitado a ejercer los derechos que tienen atribuidos por contrato.

Las entidades acreedoras habían sido acusadas, principalmente, de disponer del saldo existente en las cuentas corrientes y decidir sobre la realización de pagos por parte de la sociedad. Frente a estas acusaciones, el Juzgado recuerda que la administración de hecho exige justificar la realización de forma habitual de actos de administración, dirección o gestión. Por más que las acreedoras puedan incidir en las decisiones de la concursada, no se da el requisito de autonomía en la decisión. Aun más, falta a estas entidades la iniciativa de cara a tomar decisiones, que sigue correspondiendo al deudor (“para el pago se requiere la orden de la concursada”).

En definitiva, concluye el Juzgador que las entidades tan solo han supervisado que determinados gastos no incidan en la devolución del préstamo otorgado en su día.

Conclusión

En un entorno en el que la alegación de administración de hecho constituye un arma muy poderosa en manos de deudores y administradores concursales, la sentencia dictada el 3 de junio de 2014 por el Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid recuerda los presupuestos de esta construcción y subraya que el ejercicio por las entidades acreedoras de las facultades que les atribuye un contrato de financiación no resulta en modo alguno anómalo.

Obviamente, la administración de hecho deberá ser analizada en cada caso, atendiendo a las circunstancias. En este sentido, como la tentación de la subordinación por administración de hecho está presente, y puede tener un enorme atractivo como herramienta de negociación, los acreedores financieros no pueden bajar la guardia. En este sentido, la sentencia que comentamos realiza dos aspectos a tener en cuenta: i) que la iniciativa para disponer debe corresponder al deudor; las entidades financieras sólo pueden verificar si los pagos se corresponden o no a lo pactado y ii) que el ejercicio por las entidades acreedoras de sus facultades debe responder estrictamente a lo pactado. Para reducir el riesgo, es muy importante que los acreedores financieros respeten estos límites, en el fondo y también en la forma, prestando especial atención a las comunicaciones con la deudora.

El pronunciamiento de esta sentencia es también bienvenido porque contribuye a introducir seguridad jurídica. En un tiempo en que las empresas están necesitadas de financiación, y el legislador está centrado en evitar a todo trance los concursos, la jurisprudencia debe ayudar a que exista certidumbre. El riesgo de subordinación por administración de hecho debe limitarse a quien de verdad ha excedido los límites. Extender a casos normales un régimen jurídico propio de una situación patológica podría generar daños irreversibles al mercado, pues las entidades acreedoras acabarían por preferir el concurso de sus deudores antes que asumir los riesgos derivados de una refinanciación que se puede volver en su contra.

Contactos

Clifford Chance

Paseo de la Castellana, 110

T: 915 90 75 00

Iñigo Villoria

Socio Responsable de Insolvencia y Reestructuración

T: +34 91 590 94 03

E: Iñigo.Villoria@cliffordchance.com

Alberto Manzanares

Of Counsel

T: +34 91 590 94 90

E: Alberto.Manzanares@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110, 28046 Madrid, Spain

© Clifford Chance 2014

Clifford Chance S.L.

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta* ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Linda Widjati & Partners in association with Clifford Chance.