

EL ACREEDOR FINANCIERO COMO ADMINISTRADOR DE HECHO

En los procesos de refinanciación de deuda se suscita con frecuencia la pregunta de si un acreedor financiero puede ser considerado administrador de hecho como consecuencia de su implicación en el reflotamiento del deudor.

Este temor no responde a la existencia de una corriente jurisprudencial en esta dirección. Como veremos, las escasas sentencias que han calificado como administrador de hecho a un acreedor financiero han atendido a circunstancias excepcionales, que rara vez se dan en un proceso de refinanciación de deuda. Por el contrario, existen varias sentencias que han declarado que no constituye administración de hecho la supervisión por el acreedor de la actividad del deudor, en el marco de lo pactado en un acuerdo de refinanciación.

Para no incurrir en administración de hecho, el acreedor debe limitarse a controlar y supervisar, y no debe inmiscuirse en la toma de decisiones, que corresponde al deudor. En ocasiones, no resulta sencillo respetar el límite, en especial si el propio deudor lo facilita.

1. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN DE HECHO

En la actualidad existe una jurisprudencia bastante uniforme en materia de administración de hecho. Un resumen de esta doctrina puede encontrarse en la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de diciembre de 2016 (concurso de Aucosta), que cita una sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2015.

En estas sentencias se dice que la administración de hecho presupone un elemento negativo (no haber sido designado como administrador) y tres requisitos positivos: i) asunción del poder de decisión que corresponde al órgano de administración, ii) intensidad cuantitativa y cualitativa (carácter sistemático y continuado, en referencia a actuaciones de importancia) y iii) autonomía (en el sentido de poder de decisión autónomo).

La consecuencia de un fenómeno de administración de hecho es, en todo caso, la subordinación del crédito (que conlleva la cancelación de garantías reales). También puede generar responsabilidad en caso de concurso culpable.

2. El punto de partida del análisis: carácter excepcional de la administración de hecho

De la jurisprudencia que hemos expuesto se deduce una primera conclusión: la administración de hecho es un fenómeno patológico y, como tal, excepcional. Por tanto, debe ser objeto de interpretación restrictiva (sentencia del Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid de 3 de junio de 2014).

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016 recuerda que “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”. Y explica que la reforma del art. 93.2.2º de la Ley Concursal (Ley 9/2015, de 25 de mayo) tuvo precisamente por objeto proporcionar a las entidades financiadoras cierta seguridad frente al riesgo de administración de hecho.

Por más que la intención del legislador fuera clara, la reforma del art. 93.2.2º no resultó afortunada. Las aclaraciones que introduce no hacían falta y solo han servido para crear confusión. Por una parte, este precepto se refiere a los acreedores que capitalizan créditos en el contexto de un acuerdo de refinanciación protegido por el art. 71 bis o por la Disposición Adicional Cuarta; sin embargo, no haría falta decir que la asunción de la condición de accionista por el acreedor no conlleva riesgo, siempre que el administrador que designa el accionista actúe con independencia. Por otra parte, esta disposición añade que no serán considerados administradores de hecho los acreedores por efecto de las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad; sin embargo, es también notorio que controlar al deudor no equivale a decidir por él.

3. La condición de accionista no conlleva riesgo de administración de hecho

El hecho de que una entidad financiera (en general, un acreedor) adquiera una participación en el capital del deudor, no conlleva un fenómeno de administración de hecho. Cosa distinta es que a ese acreedor pueda resultarle aplicable la subordinación por su condición de accionista (si su participación excede del 5% o del 10%, según los casos) y siempre que esa condición concurriera al tiempo de nacer el derecho de crédito, que por lo general no será el caso.

Ni siquiera la condición de accionista mayoritario determina un supuesto de administrador de hecho, como ya habían declarado los tribunales (Audiencia Provincial de A Coruña, sentencia de 26 de junio de 2009). La facultad de nombrar consejeros (que es inherente a la condición de accionista) no implica que se ejerza control o influencia sobre las decisiones de estos. Por lo general, no cabe identificar al accionista con el administrador. Quien sostenga otra cosa deberá probar que el consejero es en realidad un mero instrumento del accionista (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de diciembre de 2016).

4. El control que se desarrolla en cumplimiento del contrato de financiación no desencadena un fenómeno de administración de hecho

Un buen ejemplo de lo que aquí se analiza lo encontramos en el supuesto que resolvió la sentencia del Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid de 3 de junio de 2014 (concurso de Mag Import).

Se trataba de una financiación sindicada prestada a un deudor que acabó en concurso. Los acreedores habían supervisado la actividad del deudor, ejercitando las atribuciones que les atribuía el contrato de financiación. Llegado el concurso, la Administración Concursal entendió que las entidades acreedoras se habían comportado como administradores de hecho. El Juzgado enmendó el criterio de la Administración Concursal. En resumen, consideró que los acreedores no habían asumido “la dirección y desarrollo de la

actividad empresarial”, sino que se habían limitado a “supervisar y exigir el cumplimiento del contrato de financiación, en defensa de sus intereses legítimos”.

El Juzgado fue analizando las actuaciones que la Administración Concursal había utilizado en defensa de su tesis: el pago de facturas requería la orden de la deudora, y los acreedores se habían limitado a indicar que determinados pagos realizados por la deudora eran contrarios a lo pactado. En definitiva, los acreedores se habían limitado a “supervisar el cumplimiento del contrato de préstamo”. No constaba que hubieran asumido “actos de gestión, dirección y desarrollo de la actividad empresarial de la concursada”. Ni siquiera se apreció “una influencia decisiva en las decisiones que atañen a la actividad de la concursada”.

Este criterio encuentra respaldo en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016. Aunque esta sentencia se refiere a la actividad de supervisión por la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), su razonamiento resulta perfectamente aplicable al caso de una entidad financiadora: “la actividad de la SEPI consiste en establecer unas pautas de viabilidad y supervisar que las mismas se cumplan”.

5. La injerencia relevante

Son muy escasas las sentencias que han atribuido a una entidad financiera la condición de administrador de hecho. Dos de ellas son de un mismo Juzgado (Mercantil de Málaga) y concurso (Aifos): se trata de las sentencias de 7 de abril y 26 de mayo de 2011. El carácter excepcional de los hechos que en ellas se relatan confirma lo que hemos expuesto: las entidades financieras fueron consideradas administradores de hecho porque: i) modificaban y cancelaban créditos y relaciones contractuales del deudor con terceros, ii) ampliaban garantías, iii) decidían qué obras se terminaban y cuáles no, en su propio interés; iv) decidían que deudas con proveedores se abonaban. En definitiva, el Juez constató una injerencia continuada del acreedor en la facultad de decisión propia del órgano de administración.

Un supuesto más preocupante es el que resolvió el Juzgado Mercantil nº 4 de Madrid, en su sentencia de 10 de marzo de 2016 (concurso de Chamartín La Grela), que está pendiente de recurso. En este caso, la Administración Concursal había subordinado los créditos de la entidad financiera acreedora. El relato de hechos probados se limita a un párrafo, que dice así: “En el supuesto de autos la AC y la coadyuvante alegan y acreditan que concurre plenamente en la entidad demandante la condición de administrador de hecho por cuanto la concursada debía entregarle todo tipo de información acerca de la evolución económica y financiera del negocio, todas las cantidades que recibía la concursada se ingresaban en una cuenta pignorada...”. A continuación, aunque esta afirmación no encuentra reflejo alguno en los hechos que se declaran probados, se decía también que la acreedora “controlaba y decidía el destino de estas cantidades para el pago de impuestos, salarios y seguridad social, etc, es decir, los pagos ordinarios de su actividad societaria. Es decir, controlar los ingresos y los pagos suponen un control esencial de la compañía y obviamente un conocimiento exhaustivo de su situación económica y financiera”.

6. Conclusión

Como vemos, salvando este último pronunciamiento (que no es firme), donde se confunde el control y la capacidad de decisión, los escasos supuestos en los que una entidad financiera ha sido considerada como administrador de hecho respondieron a circunstancias excepcionales, en las que el acreedor no se limitó a controlar, sino que asumió decisiones que corresponderían al deudor.

Cuando el acreedor controla la actividad del deudor, en ejercicio de las facultades que le atribuye el contrato de financiación, no hay administración de hecho. Lo anómalo es que la toma de decisiones se traslade al acreedor. El acreedor debe adoptar una posición reactiva y no activa.

Ni siquiera habrá administración de hecho si el acreedor, por haber devenido accionista, tiene la facultad de designar consejeros, siempre que el administrador que designa no resulte ser un mero instrumento, que se limita a ejecutar las instrucciones del acreedor-accionista. Cuando los acreedores designan un observador en el órgano de administración (a lo sumo con voz, pero sin voto), el riesgo será todavía menor.

De todos modos, no cabe duda de que subordinar en un concurso los créditos de los principales acreedores financieros es una tentación fácil para un administrador concursal que quiera forzar a los acreedores a negociar, o que pretenda incrementar las probabilidades de cobro de los restantes acreedores. Por ello, los acreedores financieros han de ser extremadamente cautos en la relación con sus deudores, en especial en una situación financiera delicada. Las comunicaciones que se crucen las partes (que suele ser el principal medio de prueba en estos casos), deben mostrar que el deudor es quien toma las decisiones y que los acreedores solo supervisan la actuación del deudor, en la medida en que así lo autoriza el contrato de financiación.

Contactos

Clifford Chance Madrid

Paseo de la Castellana, 110
28046 Madrid
Tel.: +34 91 590 75 00

Iñigo Villoria

Socio
T: +34 91 590 94 03
E: Inigo.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.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110, 28046 Madrid, Spain
© Clifford Chance 2017
Clifford Chance S.L.P.

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

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.