



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

# ADMINISTRACIÓN DE HECHO DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN LOS PROCESOS DE REFINANCIACIÓN

Autor: Rodrigo Díaz de la Figuera  
5º E3 A  
Derecho Mercantil

Tutor: Abel Benito Veiga Copo

Madrid

Abril de 2019

# ÍNDICE

<b>1. EVOLUCIÓN DE LA LEY CONCURSAL EN MATERIA DE ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN ..</b>	<b>1</b>
<b>2. TIPOS DE RESPONSABILIDADES EN LAS QUE PUEDEN INCURRIR LAS ENTIDADES FINANCIERAS DURANTE LOS PROCESOS DE REFINANCIACIÓN .....</b>	<b>4</b>
2.1. Responsabilidad por la negativa a la refinanciación .....	5
2.1.1. Responsabilidad <i>extracontractual</i> .....	5
2.1.2. Responsabilidad <i>precontractual</i> .....	6
2.2. Responsabilidad por la concesión de la refinanciación.....	7
2.2.1. Responsabilidad por la concesión abusiva del crédito .....	7
2.2.2. Responsabilidad por el empeoramiento de la situación de insolvencia.....	8
<b>3. RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS COMO ADMINISTRADORES DE HECHO.....</b>	<b>9</b>
3.1. Concepto y delimitación de los elementos caracterizadores del administrador de hecho. 12	
3.1.1. <i>Concepto</i> .....	12
3.1.2. <i>Elementos caracterizadores de la figura</i> .....	15
3.2. Análisis del artículo 93.2.2º de la Ley Concursal .....	19
3.3. Delimitación casuística en base a un análisis jurisprudencial de la administración de hecho asociada a los <i>covenants</i> .....	22
3.3.1. <i>Caso Aifos (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº1 de Málaga, de 7 de abril de 2011)</i> 22	
3.3.2. <i>Caso Popular (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 5 de Madrid, de 3 de junio de 2014)</i> .....	25
3.3.3. <i>Caso Abengoa (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Sevilla, de 24 de octubre de 2016)</i> .....	27
3.3.4. <i>Caso Chamartín la Grela (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 28ª), de 23 de marzo de 2018)</i> .....	30
<b>4. CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN COMO ADMINISTRADOR DE HECHO.....</b>	<b>31</b>
4.1. Subordinación de créditos.....	32
4.2. Incidencia en la sección de calificación .....	35
<b>5. CONCLUSIONES .....</b>	<b>39</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>40</b>

## **RESUMEN**

Desde la crisis financiera que tuvo lugar en 2007, las reformas en materia concursal han tenido como objetivo el fomento de los acuerdos de refinanciación protegiendo a los acreedores financieros, a los cuales hasta se ha llegado a blindar. La última redacción del artículo 93.2.2º de la Ley Concursal es buena prueba de ello, al exonerar, salvo prueba en contrario, a las entidades financieras de la calificación de administrador de hecho tras la firma de un acuerdo de refinanciación, y por ende, de sus consecuencias. Es en estos acuerdos en los que se incluyen *covenants* que confieren a las entidades financieras facultades de administración y gestión de las compañías. No obstante, dado el afán protector del legislador y la vehemencia de nuestros Juzgados y Tribunales, se está permitiendo un fenómeno que nuestro ordenamiento trata de erradicar.

**Palabras Clave: Entidad financiera, acuerdos de refinanciación, *covenants*, administración de hecho.**

## **ABSTRACT**

Since the financial crisis in 2007, Insolvency Law reforms have been aimed at promoting refinancing agreements by protecting financial creditors, who have even been shielded. The latest wording of article 93.2.2º of the Insolvency Law is good proof of this, as it exonerates financial institutions, unless there is evidence to the contrary, from the qualification of de facto director after the signing of a refinancing agreement, and therefore, from its consequences. It is in these agreements that covenants are included that give financial institutions powers of administration and management of companies. However, given the protective zeal of the legislator and the vehemence of our Courts, a phenomenon that our legal system tries to eradicate is being allowed.

**Keywords: Financial entity, refinancing agreements, covenants, de facto director.**

Desde la crisis financiera que tuvo lugar en 2007, la preconcursalidad y sus institutos, entre los que se encuentran los acuerdos de refinanciación, han cobrado gran relevancia a la hora de evitar el concurso de las empresas que se encuentran en una situación de insolvencia o próxima a ella. Así, estas situaciones de desequilibrio patrimonial pueden ser superadas mediante una adecuación a las nuevas condiciones de mercado del esquema de amortización frente a las entidades financieras o incremento del crédito disponible generalmente en forma sindicada<sup>1</sup>. En definitiva, se trata de fomentar la posibilidad de que el deudor trate de eludir, o al menos postergar, el concurso de acreedores, buscando, a través de una significativa labor de negociación, un remedio a su apalancamiento.

Reflejo de la relevancia de esta materia, son las numerosas reformas que ha sufrido la Ley Concursal al respecto.

## **1. EVOLUCIÓN DE LA LEY CONCURSAL EN MATERIA DE ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN**

En 2009 se realiza la primera modificación de la Ley Concursal debido a la crisis financiera. En materia concursal se pretendía facilitar las reestructuraciones y refinanciaciones empresariales de tal forma que las empresas pudiesen afrontar las dificultades que estaban experimentando con el objetivo de sobrevivir a la crisis sin tener que llegar al concurso de acreedores, pues en ese momento más del 90% de los concursos terminaban en liquidación.

Para ello, se introdujeron los acuerdos de refinanciación, con un contenido muy reducido, incorporando un “escudo protector”, frecuente en otros países como Italia<sup>2</sup>. Estos acuerdos de refinanciación facilitarían la protección de los riesgos que soportaban las entidades financieras como la de rescisión a determinadas operaciones de refinanciación, siempre que se encuadrasen dentro de la definición legal y cumpliesen

---

<sup>1</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación” *en RDCyP*, 2011, N° 14, p. 25.

<sup>2</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *op. cit.*, p. 25; CASTIELLO D’ANTONIO, A., “Acuerdos de reestructuración: nueva financiación preconcursal y fresh money en Derecho italiano”, *RDCyP*, 2011, N°15, pp. 503 y ss.

con los requisitos exigidos, y la subordinación de sus créditos por ser declarados cómplices del concurso o contratantes de mala fe<sup>3</sup>.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el ámbito de protección de estos escudos protectores era, y es, demasiado restrictivo pues no se incluían a los acreedores comerciales, una de las partes del pasivo de las compañías más importantes. Por el hecho de privilegiar solamente a las entidades financieras, se les estaba confiriendo un poder de negociación único que podría dar lugar a un conflicto de interés en perjuicio del resto de acreedores<sup>4</sup>.

En cualquier caso, la reforma de 2009 resultó insuficiente puesto que no se consiguió agilizar el procedimiento concursal conservativo y garantista del momento, por lo que la gran mayoría de los desequilibrios patrimoniales empresariales concluían en la declaración de un concurso y posterior liquidación<sup>5</sup>. Por ello, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, intentó introducir ciertas modificaciones, aunque lo hizo de forma deficiente e insuficiente, sin ni siquiera ampliar el contenido de los acuerdos de refinanciación.

Para empezar, en relación con los acuerdos homologados judicialmente, la gran novedad de esta reforma, que permitían la imposición de los acuerdos de refinanciación a minorías disidentes, se excluía la imposición de las estipulaciones y condiciones incluidas en los acuerdos de refinanciación que supusiesen más que meras extensiones a los acreedores con garantía real<sup>6</sup>. Esta circunstancia, además de suponer una quiebra la *par conditio creditorum*, tenía una gran influencia práctica pues la gran mayoría de los acuerdos de refinanciación sindicados firmados en aquel entonces contenían garantías reales, principalmente hipotecarias, debido a la gran cantidad de activos inmobiliarios que poseían las empresas en aquel momento.

---

<sup>3</sup> DE CÁRDENAS SMITH, C., Y NÚÑEZ-LAGOS BURGUERA, A., “Algunos comentarios a la Ley de Reforma Concursal” en *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada / Extraordinario*, Madrid, 2011, pp. 216-220.

<sup>4</sup> DE CÁRDENAS SMITH, C., y GARCÍA RODRÍGUEZ, A., “El concepto de entidad financiera a los efectos de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal” en *Diario La Ley*, 2013, nº, 8192.

<sup>5</sup> ZABALETA DÍAZ, M., “El Derecho concursal de la crisis: tendencias de reforma de las normativas Concursales” en *ADCo*, 2013, nº 30, p. 3.

<sup>6</sup> DE CÁRDENAS SMITH, C., Y NÚÑEZ-LAGOS BURGUERA, A., *op. cit.*, pp. 216-220.

Otras reformas fueron, la introducción del artículo 5 bis, que estableció la regla del 3+2+1, aunque con deficiencias en relación con la paralización de ejecuciones y las compensaciones de créditos, y el régimen del *fresh money*.

Ante esta situación, en 2014, se llevó a cabo la reforma más trascendental en materia de institutos concursales hasta la fecha con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

El Real Decreto-ley modificó por completo el artículo 71 bis de la Ley Concursal introduciendo en él un nuevo tipo de acuerdos de refinanciación irrevocables específicos como “puerto seguro”. Estos acuerdos podían concluirse con alguno o algunos acreedores que no representasen la mayoría de 3/5 partes del pasivo ordinario, siempre que cumplieren ciertos requisitos.

Por otro lado, se amplió el ámbito subjetivo y el contenido, incluyendo las capitalizaciones de deuda, de los acuerdos de refinanciación susceptibles de homologación judicial<sup>7</sup>. No obstante, esta modificación dio pie a la firma de acuerdos de refinanciación singulares en los que las entidades financieras podían injerir en la administración de la sociedad y, en determinadas circunstancias, actuar en detrimento de los acreedores no partícipes en el acuerdo.

Además, para incentivar los acuerdos de refinanciación y las capitalizaciones de deuda, se introdujeron un régimen sancionador para los socios y administradores que se negasen a la capitalización sin justa causa, y una serie de privilegios para mitigar el riesgo de la subordinación de los créditos, como la no consideración de persona especialmente relacionada con el deudor en un posterior concurso de aquellos acreedores que capitalizasen sus créditos, o la no consideración como administrador de hecho, salvo prueba en contrario de los acreedores que hubiesen suscrito un acuerdo de refinanciación.

También se modificó el artículo 5, solventando sus deficiencias, y se introdujo esta reforma introdujo un régimen jurídico temporal mucho más favorable que el anterior para el privilegio del *fresh money*.

---

<sup>7</sup> En resumen, dependiendo de las mayorías que adoptasen el acuerdo, su composición por clases restringidas de acreedores, y sus garantías, podía resultar afectada cualquier clase de pasivos financieros quedando a salvo los créditos de acreedores comerciales y los créditos de derecho público.

Finalmente, en 2015 se produjo la última reforma de nuestra Ley Concursal mediante la Ley 9/2015. Entre las novedades introducidas encontramos la agravación del régimen sancionatorio de los socios por la negativa injustificada a la capitalización de créditos, incentivando aún más este tipo de operaciones.

Con estas reformas se ha pretendido dotar al ordenamiento jurídico español de un marco legal que aporte seguridad jurídica a las entidades financieras sobre las operaciones de refinanciación, sus riesgos y su tratamiento en sus distintas fases<sup>8</sup>.

Sin embargo, la realidad es que no se pueden realizar reformas defendiendo la *par conditio creditorum* cuando esta nació muerta al reconocer privilegios a ciertos acreedores. En definitiva, se ha producido un giro copernicano desde la inseguridad jurídica por la carencia de regulación en materia concursal, a un régimen jurídico en protector de los intereses de los acreedores financieros sin precedentes. Un régimen jurídico ratificado y apenas criticado por la jurisprudencia y la doctrina.

## **2. TIPOS DE RESPONSABILIDADES EN LAS QUE PUEDEN INCURRIR LAS ENTIDADES FINANCIERAS DURANTE LOS PROCESOS DE REFINANCIACIÓN**

Los procesos de refinanciación no se caracterizan por ser esencialmente breves y fáciles, sino que comportan un esfuerzo negociador altísimo que consume tiempo y recursos. Por ello, las entidades financieras pueden incurrir en distintos tipos de responsabilidad en función del momento de la negociación en el que nos encontremos.

Lo cierto es que el abanico de responsabilidades es amplio por la complejidad del procedimiento de negociación. En primer lugar, hemos de preguntarnos si las actuaciones de las entidades financieras en estos procesos de refinanciación conllevan una responsabilidad meramente concursal y/o preconcursal, o si, por el contrario, también pueden ser fuente de responsabilidad contractual o extracontractual.

Pero ¿cuáles son esos comportamientos de las entidades financieras que pueden dar lugar a cierto tipo de responsabilidad? Podríamos hablar desde la negación a la concesión del crédito hasta su concesión con determinadas cláusulas, condiciones o *covenants*, que han sido pactadas o en ciertos casos, impuestas. Y, por otro lado, ¿ante quién ha de

---

<sup>8</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *op. cit.*, p. 25.

responder la entidad financiera? ¿Quiénes son los realmente afectados por su comportamiento? En este sentido se abren varias posibilidades ya que podríamos hablar de una responsabilidad frente a la empresa refinanciada o sus accionistas o, por ejemplo, frente a los restantes acreedores que han podido ver dañadas sus expectativas en el cobro de sus créditos o incluso el deterioro de estos.

Así las cosas, no todas las responsabilidades que se abordarán tienen la misma probabilidad de prosperar ante un juzgado, pero al tratarse de un estudio académico creemos conveniente analizar todas las responsabilidades posibles, por lo menos de manera pormenorizada.

## **2.1. Responsabilidad por la negativa a la refinanciación**

Una de las razones más alegadas por los administradores sociales para justificar la insolvencia de aquellas empresas que se encuentran en esta situación es la no obtención de un nuevo crédito, una modificación del calendario de amortización de los créditos ya existentes, etc., en definitiva, un acuerdo de refinanciación que habría permitido a la empresa salir o no incurrir en situación de insolvencia.

Aunque se ha intentado alegar que la no concesión de la refinanciación habría sido la causa de la insolvencia de la compañía para hacer responsables a las entidades bancarias, podemos ver que este argumento es jurídicamente irrelevante pues si la refinanciación es la última solución, el problema tendría una causa mucho más remota, y perpetua, en el tiempo<sup>9</sup>.

Además, se estaría obligando a quien financió a un deudor que se ha revelado como un insolvente actual o inminente, a continuar refinanciándole. Es decir, ¡estaríamos premiando a la sociedad que entra en insolvencia! No obstante, este argumento banal puede llegar a ser una baza importante si cae en manos de la prensa y los políticos sensacionalistas.

### ***2.1.1. Responsabilidad extracontractual***

En el caso anterior estábamos hablando de una responsabilidad en el ámbito concursal, por lo que cabría preguntarse si cabe algún tipo de responsabilidad en el ámbito

---

<sup>9</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Refinanciación de deuda y responsabilidad de la banca”, en *Jornada Refinanciaciones de deuda y Concurso de Acreedores: Balance, Perspectivas y Regulación* de fecha 20 de mayo de 2010, Madrid, 2010, pp. 8 y ss.

civil. En este sentido, la no concesión de la refinanciación plantea ciertos interrogantes en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

En general, no acceder a la refinanciación no es causa suficiente para la atribución de responsabilidad contractual a las entidades financieras dada la libertad contractual de las partes. Sería muy difícil demostrar un comportamiento culposo o negligente en las negociaciones o el nexo entre el daño, en este caso la declaración del concurso, y la negativa a la concesión de la refinanciación. De esta forma faltarían elementos imprescindibles de dicha institución civil.

No obstante, la realidad es variopinta y las refinanciaciones suelen producirse en momentos convulsos y de gran tensión. En estas situaciones, las empresas en crisis pueden jugar con el hecho de hacer público el inicio de las negociaciones de acuerdos de refinanciación para dirigir la atención hacia las entidades financieras que puede generar cierta presión que influya en la aceptación del acuerdo. Cuanto más grande la empresa en apuros, más posibilidades hay de que no se le deje caer, bien por las cantidades que adeudan, bien por el daño reputacional que podrían sufrir los distintos agentes implicados.

En estos casos la prudencia de las entidades financieras debe presidir cualquier actuación que se lleve a cabo en las negociaciones de la refinanciación. Cualquier tipo de declaraciones en relación con el acuerdo, sobre todo cuando son negativas podrían hacer descender el precio de la acción de la empresa, si esta fuera cotizada, o podría poner en peligro los acuerdos que la empresa tuviese con otros acreedores<sup>10</sup>.

En estas situaciones lo mejor sería guardar silencio. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico “*convierte el silencio en fuente de responsabilidad, en especial cuando genera una confianza en terceros*”<sup>11</sup>. Es decir, Esta apariencia de confianza que se haya podido generar en terceros será la circunstancia esencial a la hora de determinar la concurrencia de la responsabilidad extracontractual.

### ***2.1.2. Responsabilidad precontractual***

En este sentido, como ya hemos comentado, las refinanciaciones suelen conllevar un arduo proceso de negociación en el que pueden haberse producido determinadas actuaciones que se entienda que implican una responsabilidad en relación con tratos

---

<sup>10</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *op. cit.* p. 12

<sup>11</sup> *Ibidem.*

preliminares o preparatorios o, incluso, con un precontrato. En estos casos habría que analizar la doctrina jurisprudencial relativa a ambas figuras y su relación con el art. 1254 CC.

## **2.2. Responsabilidad por la concesión de la refinanciación**

Una vez concluido el acuerdo de refinanciación se pueden llegar a plantear una serie de problemas ya más cercanos al ámbito concursal.

### **2.2.1. Responsabilidad por la concesión abusiva del crédito**

Aunque en España esta responsabilidad no se ha desarrollado de manera extensa, sí que ha sido abordada con mucho detalle en otros ordenamientos jurídicos<sup>12</sup>. Esta responsabilidad se fundamenta en el posible perjuicio causado a la masa activa del concurso por las condiciones, en este caso podríamos decir que impuestas, del acuerdo de refinanciación<sup>13</sup>. Piénsese, por ejemplo, en aquellas refinanciaciones que suponen una ampliación del crédito o la novación de las condiciones del crédito actual, en las que se se pactan intereses o garantías desproporcionados, que pueden conducir a una disminución del activo de la compañía<sup>14</sup>. Estas condiciones son las que en último término propiciaron la declaración del concurso por su efecto lesivo en la actividad empresarial del deudor.

Lo característico de esta figura es la posición de debilidad de la empresa en dificultades que se ve obligada a aceptar los términos propuestos por la entidad financiera para poder continuar con la actividad empresarial, aunque estos sean más rigurosos<sup>15</sup>. Por otro lado, se puede argüir que dichos términos son fruto de la valoración del riesgo que

---

<sup>12</sup> En este sentido, aborda este problema en el ordenamiento francés VILLEMONT, M., “Octroi fautif de crédits avant la loi du 26 juillet 2005 (1ère Partie)”, en [www.monjuriste.com/droitbancaire/](http://www.monjuriste.com/droitbancaire/), 2006, p. 2.,; en el ordenamiento italiano CENNERAZZO, S., “Azione di responsabilità per concessione abusiva di crédito: gli spazi di legittimazione del curatore fallimentare dopo la sentenza delle Sezione Unite”, *Riv.dir.comm.*, nº 1-3, 2007, p. 11.

<sup>13</sup> Entre los autores que abordan la rescisión de refinanciaciones que suponen un perjuicio para la masa activa del posterior concurso, YAÑEZ, J., Y NIETO, C., “Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos” en *ADCo*, 2014, nº 32, pp. 155-193; SANCHO GARGALLO, I., “Homologación, eficacia, impugnación y rescisión de los acuerdos de refinanciación”, en DÍAZ MORENO, A., y LEÓN, F.J., (dirs.), *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, Pamplona, *Aranzadi*, 2015, pp. 145-181;

<sup>14</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Concesión abusiva de crédito en las refinanciaciones preconcursales: su discutible margen ante la proyectada reforma de la Ley Concursal” en *RDCyP*, 2011, nº 15.

<sup>15</sup> Véase RUBIO VICENTE, P.J., “Concesión abusiva de crédito y concurso”, *RDCyP*, 2008, nº 8, pp. 247 y ss.; y EZQUERRA PULGAR, J., “La responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva de crédito en Derecho español”, en *Tendencias actuales en torno al mercado del crédito*, Madrid, 2010, pp. 111 y ss.

está asumiendo la entidad financiera a la hora de conceder una refinanciación a un deudor insolvente o próximo a la insolvencia.

Esta responsabilidad se argumentará en base aquella concesión abusiva en relación con los términos del contrato, tipos de interés, calendarios de amortización de los préstamos, etc. Sin embargo, también se podría justificar cuando, mediante la imposición de los términos del acuerdo de refinanciación, se incluyen ciertos *covenants* que facultan a la entidad financiera para intervenir en la actividad empresarial del deudor ejercitando funciones que van más allá de un mero control o supervisión de sus créditos.

### ***2.2.2. Responsabilidad por el empeoramiento de la situación de insolvencia***

Nos encontramos ante un supuesto en el que, en un momento posterior la firma y ejecución de un acuerdo de financiación, se insta la declaración de concurso habiendo empeorado la situación de la empresa<sup>16</sup>. En este caso se alegará que la entidad financiera se benefició en detrimento del resto de acreedores dado el deterioro sustancial del patrimonio del deudor.

La exigencia de responsabilidad como consecuencia de la refinanciación concedida al deudor que termina en concurso es difícil de apreciar pues las exigencias del artículo 71 bis de la Ley Concursal, así como los requisitos necesarios para la homologación de los acuerdos de refinanciación de la Disposición adicional cuarta, hacen casi imposible que el acuerdo de refinanciación “*pudiera haber implicado una concesión abusiva de crédito, una culpabilidad concursal o cualquier otra fuente de responsabilidad frente a terceros*”<sup>17</sup>.

Además, en el ámbito concursal, estos requisitos hacen que sea poco probable que se pueda poner atribuir responsabilidad a las entidades financieras que accedieron a la refinanciación por su contribución a la generación o agravación de la insolvencia, y menos aún por comportarse con dolo o culpa grave en el proceso de refinanciación.

---

<sup>16</sup> ALCOVER GARAU, G., “Refinanciación bancaria y complicidad”, en ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., (dirs.), *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, Madrid, Wolters Kluwer, 2009, pp. 213-240;

<sup>17</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *op. cit.* p. 16

No obstante, como la realidad práctica nos ha demostrado, se puede dar una variedad amplísima de supuestos por lo que habrá que analizar la concurrencia de estas responsabilidades caso por caso.

En cualquier caso, estas responsabilidades pueden llegar a adquirir cierta virtualidad cuando la entidad financiera se convierte en administrador de hecho de la sociedad en crisis a través de las cláusulas o *covenants* incluidas en el acuerdo de refinanciación.

### **3. RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS COMO ADMINISTRADORES DE HECHO**

A la hora de refinanciar a una compañía que se encuentra en situación de insolvencia o próxima a ella, uno de los mayores riesgos que pueden tener que soportar las entidades financieras es la posible consideración como administradores de hecho en un hipotético futuro concurso de la empresa refinanciada<sup>18</sup>.

La calificación como administrador de hecho conlleva consecuencias (que analizaremos en detalle más adelante) de gran relevancia y gravedad para las entidades financieras. Estas consecuencias son, por un lado, la postergación de los créditos concedidos a la compañía en el momento de la apertura del concurso, abarcando tanto a los concedidos con anterioridad a la adquisición de la condición de administración de hecho como a aquellos concedidos posteriormente, mediante su subordinación al ser considerado persona especialmente relacionada con el deudor. Además, la calificación como administrador de hecho, una vez esta adquiera firmeza, conlleva la cancelación de las garantías reales, a nuestro modo de ver, aunque no esté contemplada como causa de extinción en el Código Civil.

Por otro lado, el artículo 172 bis de la Ley Concursal permite la atribución de responsabilidad por haber contribuido a la creación o agravación de la situación de insolvencia, lo que podría resultar en una responsabilidad por el déficit concursal<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> En este sentido, entre otros, FLORES SEGURA, M., “Las refinanciaciones de grupo” en *ADCo*, 2017, nº 40, p. 65.; DÍAZ MORENO, A. “Observaciones sobre administradores, acuerdos de refinanciación, fresh money y subordinación”, en *RDM*, 2017, nº 303, p. 9 y ss.; o VILLORIA, I., “Administración de hecho y contratos de financiación”, Clifford Chance Briefing Note, Madrid, 2014, p. 5,

<sup>19</sup> VILLORIA, I., *op. cit.* p. 2.

Para ser una figura con unas consecuencias tan relevantes para las entidades financieras, la mayoría de la doctrina sorprendentemente considera la posibilidad de que las entidades financieras sean declaradas administradores hecho por su participación en acuerdos de refinanciación como algo remoto e improbable llegando a catalogarla poco menos que de “supuesto de laboratorio”<sup>20</sup>. Si bien es cierto que las sentencias que se han atrevido a confirmar la condición de administrador de hecho de entidades financieras son muy escasas (gracias a la vehemencia de los tribunales)<sup>21</sup>; siendo más numerosas las resoluciones que negaban esta condición, lo que es indudable, a pesar del blindaje otorgado a las entidades financieras en las reformas de 2014 y 2015<sup>22</sup>; es que “ninguna entidad financiera está protegida por una suerte de inmunidad de jurisdicción, que impida que un Tribunal o Juzgado Mercantil dicte un pronunciamiento a favor de la consideración como administrador fáctico de una entidad financiera”<sup>23</sup>. De hecho, así lo pone de relieve la SJM nº. 1 de Málaga de 7 de abril de 2011 (AC 2011, 1917). Por tanto, podemos concluir que, cuando concurren las circunstancias que sustenten la calificación como administrador de hecho, las entidades financieras han de ser declarados como tal.

La condición de administrador de hecho en estos casos suele derivar de las cláusulas o *covenants* incluidos en los acuerdos de refinanciación alcanzados<sup>24</sup> <sup>25</sup>. Estos *covenants* suelen condicionar la actividad del deudor en favor de un mayor control por parte de las entidades financieras de sus créditos. De esta forma, estos *covenants* conceden a las entidades financieras facultades de control, supervisión y en algunos casos, hasta de gestión administración y dirección siendo capaces de influir de forma determinante en la actividad empresarial. Los *covenants* tienen su justificación en la teoría de la agencia pues

---

<sup>20</sup> En este sentido, entre otros, ALONSO UREBA, A. en “La aplicación del concepto de administrador de hecho en supuestos de concurso de sociedades integradas en un grupo y de refinanciación” en *Implicaciones financieras de la ley concursal*, Madrid, *La Ley*, 2009, pp. 135-138; DIAZ MORENO, A., *op. cit.* pp. 9 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración empresarial*, Madrid, *Wolters Kluwer*, 2016, pp. 943-993.

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ LARREA, I., “La administración de hecho asociada a los *covenants* de los acuerdos de refinanciación” en *ADCo*, 2019, nº 46, p. 1; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, *cit.* pp. 981 y ss.

<sup>22</sup> VEIGA COPO, A., Y MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “Entidades financieras y administración de hecho en la reestructuración empresarial” en *RDCyP*, 2018, nº 28, pp. 17-36.

<sup>23</sup> NIETO, C., “¿Puede la banca ser calificada como administrador de hecho tras una refinanciación?” en *ADCo*, 2017, nº 40, p. 1

<sup>24</sup> ALFARO, J., Y GARCIMARTÍN, F., “Sobre administradores de hecho y subordinación de créditos ex arts. 92 y 93 LC”, en <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2012/04/sobre-administradores-de-hecho-y.html>, (última visita el 25 de marzo de 2019) matizan que es necesario un incumplimiento de “alguna de las cláusulas del contrato de crédito” para poder ejercer facultades de intervención.

<sup>25</sup> MERCADAL, F., “El acreedor financiero como administrador de hecho. Especial referencia a los *Covenants*” en *ADCo*, 2015, nº 36, pp. 115-128.

el acreedor queda mejor protegido la introducir ex ante en el acuerdo de refinanciación un mecanismo restrictivo de la libertad del deudor, a la vez que este obtiene una financiación más económica<sup>26</sup>.

En la práctica empresarial es frecuente que los *covenants* incluidos en los acuerdos de refinanciación impongan a la compañía refinanciada ciertas obligaciones colaterales de hacer y de no hacer (*positive and negative covenants*)<sup>27</sup>. Con estas obligaciones colaterales los acreedores pretenden minimizar el riesgo de su inversión y preservar sus expectativas de cobro garantizándose un margen de seguridad a través de la limitación de la libertad de decisión y actuación de la empresa refinanciada en ciertos ámbitos de su actividad empresarial y del establecimiento de mecanismo de vigilancia y control de su actuación<sup>28</sup>.

Estos *covenants* pueden conllevar obligaciones de muy diversa naturaleza y afectar a varios aspectos de la actividad empresarial de la empresa refinanciada<sup>29</sup>. Aunque los veremos con mayor detenimiento más adelante, a modo de ejemplo podemos mencionar el *cash pooling*, limitaciones en cuanto al reparto de dividendos, el otorgamiento de garantías en determinados escenarios, la contratación de derivados para la cobertura de ciertos riesgos, no superar ciertos límites de endeudamiento, etc.

Como vemos, estos *covenants* pueden afectar a muchísimos aspectos de la actividad empresarial del deudor, en muchísimos grados de intensidad, y tener una naturaleza jurídica muy variada. Por tanto, la cuestión es analizar cuales de estas obligaciones (de no hacer, de respetar ciertas limitaciones, de informar, de consultar con relación a determinados asuntos, de obtener un previo consentimiento o autorización) “*implican que los acreedores pasan de ejercer una razonable supervisión a llevar a cabo una efectiva gestión del deudor*” y por tanto una labor de administrador social<sup>30</sup>.

Aunque es cierto que en la actualidad estamos asistiendo a una colisión y un posible desplazamiento del Derecho de Sociedades por el Derecho de Contratos, hemos de ser valientes pero meticolosos a la hora de abordar el problema de la suplantación del

---

<sup>26</sup> *Ibid.* pág 119.

<sup>27</sup> BUIL ALDANA, I., “La financiación de empresas en situación concursal: una visión española basada en el debtor-in-possession financing del sistema norteamericano de insolvencias” en *RDCyP*, 2011, nº 14, p. 14.

<sup>28</sup> FLORES SEGURA, M., *op. cit.* pp. 65-66; Y DIAZ MORENO, A., “Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la clasificación de créditos.”, *ADCo*, 2014, nº 33, p. 9.

<sup>29</sup> DIAZ MORENO, A., “Los efectos...” *cit.* p. 9.

<sup>30</sup> DIAZ MORENO, A., “Observaciones...” *cit.* p. 9.

administrador social y ser coherentes a la hora de utilizar cada rama del Derecho conforme a su ámbito material de aplicación.

### **3.1. Concepto y delimitación de los elementos caracterizadores del administrador de hecho**

No podemos proseguir en nuestro estudio sin tener una noción básica de la figura del administrador de hecho y sus elementos caracterizadores.

#### **3.1.1. Concepto**

Las formalidades a las que está sujeto el órgano de administración de una sociedad mercantil imposibilita a sujetos cuyo nombramiento no haya cumplido con estas a actuar como administradores. Sin embargo, como venimos repitiendo a lo largo del trabajo, la realidad es variopinta y esta regla teórica quiebra en la práctica cuando personas que no han sido investidas formalmente, o cuya investidura como administradores se encontraba viciada, actúan como tal, generando, en algunos casos, confianza en terceros. Esto es lo que conocemos como administrador de hecho.

El origen del concepto de administración de hecho en el Derecho mercantil se encuentra en el ámbito registral<sup>31</sup>. Dicho concepto surge ante la necesidad de solventar jurídicamente aquellos casos en los que un administrador cuyo cargo se encontraba viciado, ya fuese por la nulidad de su nombramiento, o por la caducidad de este, continuaba actuando en el tráfico jurídico representando a la persona jurídica (Resolución de la DGRN de 24 de junio de 1968, y las posteriores STS de 12 de mayo de 1978 o 18 de junio de 1979 que ratificaban dicha doctrina)<sup>32</sup>.

No obstante, aunque el concepto de administración de hecho se había incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en los años 60, nuestro Derecho de sociedades ha carecido de un concepto legal de administrador de hecho hasta que finalmente se recogió normativamente a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

---

<sup>31</sup> UREBA ALONSO, A., “Algunas cuestiones en relación con el ámbito subjetivo de la responsabilidad de los administradores (administrador de hecho, administrador oculto y grupos de sociedades)”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, Wolters Kluwer, 2011, pp. 87-90.

<sup>32</sup> Véase a este respecto, PÉREZ ESCOLAR, R., “Los administradores de hecho y su actuación en el tráfico. Comentario a la resolución de la DGRN de 24 de junio de 1968”, *RDM*, 1968, nº 108, pp. 399-414.

Así, se define al administrador de hecho en su actual artículo 236.3 de la siguiente manera, “*La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, 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 esta definición se enmarca en el Derecho de Sociedades a los efectos de la aplicación de la regla que extiende a los administradores de hecho el régimen de responsabilidad propio de los administradores de derecho, no debería haber ningún impedimento que nos impidiese aplicarla en otros ámbitos del Derecho como en el concursal (y, señaladamente, en lo que respecta a la clasificación concursal de los créditos)<sup>33</sup>. Esta es la postura seguida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de abril de 2016.

Para la configuración de la administración de hecho nuestro legislador ha seguido la teoría funcional o material de la institución. Esta teoría hace hincapié en aquellas conductas que suponen una intervención en la gestión y administración de la actividad empresarial identificando así los rasgos configuradores de la suplantación del administrador de derecho<sup>34</sup>. Al enfatizar la conducta del administrador de hecho, se supera la teoría formalista de la institución, que pone el acento en el nombramiento viciado, y se nos permite incluir en la figura a aquellos que controlan la sociedad mediante la influencia ejercen sobre los administradores de derecho<sup>35</sup>.

Por tanto, la definición legal cubre dos tipos de administradores de hecho: el administrador de hecho notorio o aparente y el administrador de hecho oculto. A grandes rasgos podemos decir que el primero es aquel que actúa en el tráfico jurídico representando a la sociedad generando confianza en socios y terceros, pero sin tener un

---

<sup>33</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Acreedores financieros y administraciones de hecho” en *RDCyP*, 2017, nº 27, p. 3.; NIETO, C., *op. cit.* p. 2.; MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores* Vol. II. Pamplona, Aranzadi, 2015, p. 419.

<sup>34</sup> Véase a este respecto, FUENTES NAHARRO, M., “Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades”, en *Gobierno corporativo y crisis empresariales*. II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil, Madrid, 2006, pp. 291 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., “El administrador de hecho de las sociedades”, *Cizur Menor*, 2002, p. 185; GARCÍA-CRUCES, J.A., “Administradores sociales y administradores de hecho”, en *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Cizur Menor, 2010, p. 534; LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, 2003, pp. 150 y ss.

<sup>35</sup> VEIGA COPO, A.B., Y MARTÍNEZ MUÑOZ, M., *op. cit.* p. 19.

título válido (siendo las casusas irrelevantes) que le faculte para ejercer las funciones propias de un administrador. En definitiva, la cuestión radica en si la tolerancia de la sociedad es lo suficientemente relevante como para poder atribuir los efectos de la actuación del administrador de hecho a la persona jurídica que representa aparentemente en el tráfico<sup>36</sup>.

El segundo es quien, sin actuar como administrador frente a terceros (por eso se dice en la sombra), ejerce efectivamente las facultades de gestión propias del órgano social de administración al influir de forma determinante y permanente sobre los administradores de derecho mediante la consigna de instrucciones, siendo quien realmente controla la sociedad<sup>37</sup>. Lo más característico de esta figura es que son los administradores de hecho los que siguen vinculando a la sociedad por lo que habrá que realizar un gran esfuerzo probatorio para extender la responsabilidad al verdadero gestor de la sociedad<sup>38</sup>.

Como hemos visto, con la redacción dada al precepto, se pretende extender la responsabilidad por los actos de administración de la sociedad a cualquier persona que intervenga de forma efectiva en la gestión de la sociedad<sup>39</sup>. De esta forma, se solventa, por un lado, el problema de la representación puesto que la sociedad en cuyo nombre ha actuado el administrador de hecho notorio no podrá exonerarse del cumplimiento de aquellas obligaciones contraídas por él dado que, como decíamos antes, la tolerancia de la sociedad funciona como nexo de imputación. Por otro lado, el problema de la responsabilidad se ataja toda vez que, mediante la prueba oportuna, se podrá atribuir responsabilidad al verdadero gestor de la sociedad, aunque se oculte en la sombra, por aquellos actos que hayan realizado los administradores de derecho en atención a la instrucciones o directivas que les hayan sido impartidas por este.

---

<sup>36</sup> Véase a este respecto PERDICES HUETOS, A., “Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001”, *RDS*, 2002 nº 18, pp. 282-283.

<sup>37</sup> Entre otros, DIAZ MORENO, A., “Observaciones...” *cit.* p. 10; ALFARO, J., Y GARCIMARTÍN, F., *op. cit.*; PERDICES HUETOS, A., *op. cit.* pp. 280-281; RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El administrador oculto”, *RDByB*, 2015, nº 138, pp. 7-47. VERDÚ CAÑETE, M.ª J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en el concurso de acreedores*, Madrid, 2008, pp. 133-134.

<sup>38</sup> PERDICES HUETOS, A., *op. cit.* pp. 285-286.

<sup>39</sup> PRADES CUTILLAS, D., “Administradores de hecho: tipologías no tan encubiertas” en *Diario La Ley*, 2009, nº 7168, p. 4, resalta la excesiva amplitud de la definición del concepto de administrador de hecho del artículo 236 LSC.

### ***3.1.2. Elementos caracterizadores de la figura***

Hemos de resaltar que para que alguien pueda ser calificado como administrador de hecho, se han de dar ciertas circunstancias fácticas que nos permitan corroborar que efectivamente se ha dado una injerencia en la administración y gestión de la actividad empresarial. Estas circunstancias han de ser probadas por aquel que alega tal condición, y solo cuando estas resulten probadas, se podrá atribuir responsabilidad al administrador de hecho. Por tanto, *“la condición de administrador de hecho no determina, sin más, una responsabilidad objetiva del destinatario de esa condición”*<sup>40</sup>.

Por ello, aunque el concepto de administrador de hecho ha sido recientemente introducido en nuestro Derecho de Sociedades, la jurisprudencia ha ido perfilando y delimitando la figura de la administración de hecho estableciendo cuales son los elementos configuradores, con validez general para todos los ámbitos del derecho, de la institución que tienen que concurrir para su apreciación.

En este sentido, dado el importante matiz casuístico de la cuestión, la prueba de las circunstancias fácticas necesarias para atribuir a un sujeto la condición de administrador se antoja vital. La complejidad de la prueba y de los elementos fácticos hacen que sea imprescindible recurrir a las presunciones e indicios para poder probar esta condición. En consecuencia, la jurisprudencia es discrepante pero bastante vehemente y generalizada cuando se trata de atribuir esta condición a las entidades financieras<sup>41</sup>.

La doctrina jurisprudencial actual sobre la figura del administrador de hecho se recoge en tres pronunciamientos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016 (RJ 2016, 1232) que, con cita de las Sentencias del mismo Tribunal de 22 de julio de 2015 (RJ 2015, 3512) y de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 2405)<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Acreedores...” cit. p. 4.;

<sup>41</sup> Véase las SSTS de 26 de mayo de 1998 y de 23 de marzo de 1998, la SAP de La Coruña (Sección 4.ª) de 17 de enero de 2000 o la Sentencia del TS de 24 de noviembre de 2005. Esta última afirma que *“efectivamente en el ámbito societario puede aparecer la figura del administrador de hecho, que actúa como verdadero gestor social, requiriéndose para poder apreciar estas situaciones irregulares y ocultas, a efectos de establecer las consecuentes responsabilidades en aras de los principios de la buena fe mercantil o de protección de las apariencias, la necesaria prueba, si bien es cierto que la directa en la mayoría de los casos resultará imposible, por lo que el camino procesal más apto es la prueba indiciaria”*.

<sup>42</sup> La STS de 22 de julio de 2015 es la primera en identificar los elementos característicos de la figura del administrador de hecho que *“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*

Estas tres sentencias identifican los siguientes elementos caracterizadores de la figura del administrador de hecho:

- En primer lugar, se debe desarrollar una actividad propia del órgano de administración social relacionada con la gestión de la actividad empresarial que constituye el objeto social de la compañía<sup>43</sup>. En este sentido, no basta con desarrollar cualquier actividad propia de los administradores, sino que han de ser verdaderos actos directivos llevado a cabo efectivamente<sup>44</sup>; no bastando los meros consejos, las sugerencias ni los actos de supervisión o control de la gestión de otro (injerencia cualitativa)<sup>45</sup>.
- En segundo lugar, estos actos directivos han de ser realizado de forma sistemática y continuada. Por tanto, jamás podrán ser considerados administradores de hecho aquellos que realicen algún acto de gestión de la actividad empresarial de forma esporádica (injerencia cuantitativa)<sup>46</sup>. Aunque gran parte de la doctrina está de acuerdo con esta afirmación creemos que es necesario remarcar que en ocasiones una decisión aislada puede llegar a tener mayor repercusión en la actividad empresarial de la sociedad pudiendo llegar a ser decisiva para la marcha de la empresa e incluso para su supervivencia<sup>47</sup>; y por tanto puede llegar a suponer una mayor injerencia, que el ejercicio sistemático y continuado de otras funciones directivas. En consecuencia, el argumento cuantitativo de la reiteración temporal debe ceder frente al cualitativo de la intensidad en la injerencia<sup>48</sup>.

---

*cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad”.*

<sup>43</sup> Así lo establece la STS de 4 de diciembre de 2012 al señalar que la actuación ha de suponer “*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 genera*”

<sup>44</sup> SANCHO GARGALLO, I., “La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del Consejo de Administración (arts. 236.1 y 2 LSC (RCL 2010, 1792 y 2400)), en RONCERO SÁNCHEZ, A., (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Pamplona, Aranzadi, 2015, pp. 613-632.

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ DÍAZ, I., *op. cit.*, pp. 32-33; LATORRE CHINER, N., *op. cit.*, pp. 66-68.

<sup>46</sup> ALONSO LEDESMA, C., “El automatismo en la subordinación de los créditos y la posición de las entidades de crédito” en ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., (dirs.), *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, Madrid, Wolers Kluver, 2009 pp. 169-212; PRADES CUTILLAS, D., “Administradores...”, *cit.* p. 6; FUENTES NAHARRO, M., “Una aproximación...», *cit.* pp. 298-299.

<sup>47</sup> VEIGA COPO, A.B., Y MARTÍNEZ MUÑOZ, M., *op. cit.* p. 23. MERCADAL, F., *op. cit.* p. 123; PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuraciones...*, *op. cit.* p. 991.

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ LARREA, I., *op. cit.* p. 9; NIETO, C., *op. cit.*, p. 10.

- En tercer lugar, la gestión de la sociedad por el administrador de hecho se ha de realizar de forma independiente, con poder autónomo de decisión y sin ningún tipo de subordinación al órgano de administración. El poder de veto del administrador legal respecto de los actos del administrador de hecho ha de ser inverosímil<sup>49</sup>. El administrador de hecho debe gozar de iniciativa propia y poder suficiente para ser capaz de influir decisivamente en la toma de decisiones de la sociedad sin estar sometido a instrucciones de terceros. Por lo tanto, para que se dé esta situación el administrador de hecho nunca puede estar en una posición de inferioridad con respecto a los administradores de hecho, por lo que siempre debe estar en un plano de igualdad o superior<sup>50</sup>.

Si, aunque sea difícil, administrador de hecho y administradores de derecho se encuentran en un plano de igualdad, es necesario advertir que no es necesario que exista una total y absoluta sustitución del primero por el segundo. Por tanto, es admisible que la suplantación se dé solo para ciertos actos directivos e incluso son admisibles esquemas de actuación conjunta para la toma de decisiones como constata la SJM nº. 3 de Madrid de 16 de julio de 2013 (AC 2013, 1652).

Por otro lado, en relación con la posición de superioridad del administrador de hecho, a mi parecer no es inverosímil que las entidades financieras como administradores de hecho se puedan situar en un plano superior a los órganos de administración de las compañías en crisis. Es precisamente por esta posición de superioridad por la que las empresas en crisis deben estar protegidas, una opinión que la ni la doctrina ni la jurisprudencia en su mayoría parecen compartir.

- En cuarto lugar, la actuación del administrador de hecho debe contar con el respaldo de la sociedad, es decir, que debe haber un consentimiento respecto de los actos directivos llevados a cabo por él. Este respaldo, como ya hemos repetido anteriormente, permite hacer responsable a la sociedad de las obligaciones contraídas por el administrador de hecho<sup>51</sup>. En este sentido, la connivencia entre

---

<sup>49</sup> NIETO, C., *op. cit.* p. 3

<sup>50</sup> VEIGA COPO, A.B., Y MARTÍNEZ MUÑOZ, M., *op. cit.* p. 23.

<sup>51</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, M., “El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso”, *RDM*, 2009, nº 273, p. 1022; PERDICES HUETOS, A., *op. cit.* pp. 281-282; LATORRE CHINER, N., *op. cit.* pp. 300-301.

administrador de hecho y de derecho permite fundamentar la responsabilidad solidaria de ambos como así declaran la SAP Barcelona Sección 15.<sup>a</sup> de 13 de mayo de 2013 (JUR 2013, 221308) o la SAP Coruña de 7 de febrero de 2013 (AC 2013, 906).

- Finalmente, se establece un requisito negativo en tanto que para que concurra administración de hecho, se ha de carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes o de que lo fuera después<sup>52</sup>.

Como ya hemos dicho, en la jurisprudencia se trata la condición de administrador de hecho como algo patológico y excepcional, de ahí que las sentencias que aprecien esta figura son escasas al ser objeto de interpretación restrictiva<sup>53</sup>.

Dada la complejidad de la prueba de los elementos caracterizadores de la administración de hecho se recurren a los indicios y presunciones, pero la concurrencia de estos no significa que se pruebe la condición de administrador de hecho. Así por ejemplo, el hecho de ser el socio mayoritario en una compañía o de adquirir una participación más o menos relevante en el capital del deudor, no conlleva la clasificación como administración de hecho como así sentenció la SAP de La Coruña (Sección 4.<sup>a</sup>) de 17 de enero de 2000 (LA LEY 16241/2000) o la SAP de La Coruña de 26 de junio de 2009. En este sentido, tampoco puede conllevar la condición de administrador de hecho el poder nombrar consejeros a menos que estos sigan las instrucciones que el accionista les imparte siendo así meros instrumentos<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Requisito que defiende el Tribunal Supremo en sus Sentencia de 8 de abril de 2016 declarando administradores de hecho a *“quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades”*.

<sup>53</sup> Así lo establece la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid de 3 de junio de 2014 en los siguientes términos. *“Estamos ante un supuesto que ha de ser objeto de interpretación restrictiva en la medida que se trata de una excepción en materia de clasificación de créditos, y a la vista de la finalidad perseguida por la norma”*.

<sup>54</sup> En este sentido, VEIGA COPO, A., *“Comentario a la Sentencia de 10 de octubre de 2011. Impugnación de la lista de acreedores por razón de la calificación de crédito”*, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2012, nº 89, pp. 493 y ss.

### 3.2. Análisis del artículo 93.2.2º de la Ley Concursal

Al comenzar este estudio se hacía referencia a los cambios que ha sufrido la Ley Concursal en materia de acuerdos de refinanciación. Uno de los objetivos más consistentes y presentes en todas las reformas es la incentivación de los acuerdos de refinanciación.

Para incentivar estos acuerdos se ha optado por introducir en la legislación mecanismos que minimicen los riesgos que pueden llegar a confrontar las entidades financieras cuando participan en refinanciaciones de empresas en situación de insolvencia o próximas a ellas.

Reflejo de esta tendencia legislativa proteccionista, es la nueva redacción del artículo 93.2.2º de la Ley Concursal que, aunque con una pobre técnica legislativa y una eficacia dudosa, excluye a los acreedores financieros que hayan firmado un acuerdo de refinanciación de la condición de administradores de hecho<sup>55</sup>.

*“Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición”.*

El objetivo de esta norma es aclarar que, por el hecho de firmar un acuerdo de refinanciación, un acreedor no puede ser considerado sin más administrador de hecho<sup>56</sup>. Por tanto, esta norma no debería ser óbice para calificar como administrador de hecho a quien efectivamente, con su correspondiente y debida prueba, haya llevado a cabo actos de gestión propios del órgano social de administración. No olvidemos que una de las características esenciales de la administración de hecho es que debe ser probada por quien se alega, por lo que lo que realmente se ha introducido en el ordenamiento jurídico es una norma vacía de contenido.

---

<sup>55</sup> DIAZ MORENO, A., “Observaciones...”, *cit.* p. 13; VILLORIA, I., “El acreedor financiero como administración de hecho”, Clifford Chance Briefing Note, Madrid, 2017, p. 2; RECALDE, A., “Los acuerdos de refinanciación mediante la conversión de deudas en capital” en *ADCo*, 2014, nº 33, p. 95.

<sup>56</sup>Tal y como dice GARCÍA CRUCES, J.A., “Los efectos de los acuerdos de refinanciación en el concurso consecutivo: la calificación” en *ADCo*, 2014, nº 33, p. 2, el único supuesto en el que esto sería así sería si “la firma del acuerdo de refinanciación por el deudor fuese el resultado del ejercicio autónomo del poder de decisión que sobre éste tiene el acreedor.”

Sin embargo, parece que la intención del legislador ha calado hondo en nuestros Juzgados y Tribunales que se muestran muy reticentes en calificar de administrador de hecho a los acreedores financieros que han suscrito un acuerdo de refinanciación<sup>57</sup>.

Otro factor que chirría en la redacción de este precepto es la mención al convenio, dado que es anómalo que en él se incluyan estipulaciones que suponga una injerencia en la administración de la sociedad ya que el artículo 137 de la Ley Concursal permite establecer “*medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor*”, de forma que se eliminaría el riesgo ser calificado como administrador de hecho<sup>58</sup>.

Además, hay ciertos autores que se plantean si, dada la redacción de la norma que hace referencia a las “*obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad*”, la interpretación restrictiva de la figura del administrador de hecho por parte de los tribunales, la literalidad de la norma y el afán proteccionista del legislador<sup>59</sup>; se da la misma cobertura legal a aquellos acuerdos que no se contemplan en el plan de viabilidad o que no se integran en ninguno de los supuestos convencionales (preconcursoales o concursoales). En nuestra opinión esta disquisición carece de sentido, pues la pobre técnica legislativa ha introducido una norma vacía de contenido al establecer nada más que una aclaración a lo que ya era obvio.

Sin embargo, hemos de tener cuidado con ciertas interpretaciones que la doctrina ha realizado de la frase analizada en el párrafo anterior y que hemos de rechazar con contundencia porque supondría un blindaje de las entidades financieras excesivo, abusivo e infundado<sup>60</sup>.

Otra de las críticas que hace a esta norma es la ambigüedad de la norma en relación con la extensión de su ámbito objetivo de aplicación. Así la norma establece la exclusión de la condición de administrador de hecho salvo prueba en contrario para aquellos acreedores que “*hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos*”. Sin embargo, en el párrafo anterior que hace referencia

---

<sup>57</sup> Obsérvese el Caso Abengoa, que analizaremos más adelante

<sup>58</sup> NIETO, C., *op. cit.* p. 9

<sup>59</sup> FERNÁNDEZ LARREA, I., *op. cit.* p. 7

<sup>60</sup> DIAZ MORENO, A., “Observaciones...” *cit.* p. 13; afirma que no bastará con centrarse en las obligaciones derivadas del plan de viabilidad, sino que habrá que tener en cuenta, además, otra serie de circunstancias que puedan sustentar la condición de administrador de hecho del acreedor financiero.

a la exclusión de la condición de persona especialmente vinculada con el concurso para aquellos que capitalicen en todo o en parte sus créditos existentes mediante la firma de un acuerdo de refinanciación, exige que el acuerdo cumpla con los requisitos del artículo 71 bis o de la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal.<sup>61</sup>

Si bien hay autores que defiendan que estos requisitos son exigibles; en mi opinión, no han de serlo, pues en este caso se está ampliando el ámbito de aplicación de la norma, lo que concuerda con la intención proteccionista del legislador y el cambio de la redacción del precepto en la última reforma de 2015<sup>62</sup> <sup>63</sup>. Además, con esta redacción se soluciona el problema surgido de la reforma de 2014, pues a través de una interpretación *sensu contrario* se podía aducir que por la firma del acuerdo de refinanciación que no cumpliera los requisitos del artículo 71 bis o de la Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, los acreedores firmantes serían presuntos administradores de hecho.

Por último, el afán de favorecer las refinanciaciones protegiendo a las entidades financieras ha hecho olvidar la inclusión en este precepto de otros acreedores, como el socio acreedor, que también son susceptibles de ser considerados administradores de hecho<sup>64</sup>. En mi opinión, un socio acreedor tiene el mismo poder de influenciar en la sociedad que una entidad financiera que, estando en posición de superioridad, es capaz de firmar un acuerdo de refinanciación en el que se incluyan *covenants* mediante los cuales pueda influir en la sociedad. No obstante, esta influencia debe ser probada, por lo que como veremos *infra*, creemos necesaria una reforma de la subordinación de créditos con el objetivo de evitar situaciones injustas en las que el socio acreedor no lleve a cabo tareas de administración.

---

<sup>61</sup> Una resolución que ejemplifica este problema es el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº. 7 de Madrid, de 4 de julio de 2018.

<sup>62</sup>FERNÁNDEZ LARREA, I., *op. cit.* p. 7, defiende que la mención expresa al *plan de viabilidad* juega a favor de la teoría que apoya una interpretación restrictiva en relación con los acuerdos de refinanciación que entrarían dentro de la exclusión del artículo 93.2.2ª, pues solo se excluiría tal condición en las obligaciones surgidas de acuerdos de refinanciación típicos.; DÍAZ MORENO, A. “Observaciones...” *op. cit.*, pp. 12-13, defiende que, aunque no la Ley no restringe su ámbito de aplicación, el “enlace lógico y sistemático” da a entender que solo se refiere a los acuerdos del artículo 71 bis y la Disposición adicional cuarta.

<sup>63</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y acuerdos de refinanciación*, Madrid, Wolters Kluwer, 2016, p. 278 afirma que no podemos negar la existencia de acuerdos y pactos de refinanciación a los que llegan las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y que no se encuentran recogidos en la normativa.

<sup>64</sup> FERRÉ FALCÓN, J., “Los créditos subordinados de las personas especialmente relacionadas con el concursado”, *ADCo*, 2015, nº 34, pp. 21 y ss.; VEIGA COPO, A.B., Y MARTÍNEZ MUÑOZ, M., *op. cit.* pp. 28-29.

A pesar de nuestra opinión contraria al excesivo proteccionismo de nuestro legislador, la realidad es que parece que en el futuro irá en aumento. Esperemos no llegar al extremo de blindar por completo a las entidades bancarias<sup>65</sup>.

### **3.3. Delimitación casuística en base a un análisis jurisprudencial de la administración de hecho asociada a los *covenants***

Es cierto que hasta la fecha han sido pocas las sentencias que han tratado la posibilidad de considerar como administradores de hecho a las entidades financieras, pero aún menos frecuentes son las sentencias que han declarado esta condición.

En este sentido, se pretende realizar un análisis de las sentencias más relevantes hasta el momento en esta materia con el objetivo de llegar a entender las concretas actuaciones que para nuestros Juzgados y Tribunales suponen una injerencia en la administración de una sociedad.

Con el objetivo de realizar un estudio sistemático y ordenado de las sentencias y casos escogidas, procederemos a su análisis por orden cronológico.

#### **3.3.1. Caso Aifos (*Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N°1 de Málaga, de 7 de abril de 2011*)**

En esta sentencia se tratan las conductas suponen una injerencia en la administración y gestión de la constructora Aifos, que llevó a cabo la entidad financiera, en este caso Ibercaja, tras haberle concedido determinados préstamos y por las que se le declara administrador de hecho. Estas son las conductas a analizar:

---

<sup>65</sup> En este sentido UNCITRAL insiste en minimizar aún más la posible consideración como administrador de hecho de las entidades financieras en los procesos de refinanciación. *“Otro inconveniente que se ha mencionado es el aumento del riesgo de responsabilidades imprevistas para los bancos y para otros que puedan ser considerados como directores en razón de su participación en la empresa, especialmente en el momento de la insolvencia. Es conveniente que la legislación sobre la materia brinde la debida protección a esas partes cuando actúen de buena fe, de forma autónoma respecto del deudor y de manera comercialmente adecuada”*.

Así mismo, la Propuesta de Directiva “sobre segunda oportunidad” establece que *“La protección frente a las acciones revocatorias y la protección frente a la responsabilidad personal constituyen garantías mínimas concedidas a la nueva financiación y a la financiación provisional. Sin embargo, alentar a nuevos prestamistas a asumir el mayor riesgo de invertir en un deudor viable que atraviesa dificultades económicas puede requerir incentivos adicionales”*.

- Disposición del importe de las certificaciones de obra para el pago directo y discriminatorio a ciertos acreedores directamente por la entidad financiera y cobrar liquidaciones de intereses de varios préstamos.
- El aumento o constitución de garantías sobre créditos de la entidad financiera ya existentes, así como la cancelación de ciertos créditos de esta que no tenían garantía.
- Poder de decisión sobre que obras terminar y cuales paralizar dada la insuficiencia de recursos.

En el caso de Ibercaja podemos afirmar que la administración de hecho viene justificada por una injerencia en la administración dada por una disposición de los fondos de la sociedad. Esta disposición de fondos es una injerencia relevante a la par que grave, pues se está desposeyendo a la sociedad de la facultad de gestionar uno de los instrumentos financieros más importantes para cualquier compañía, como es el fondo de maniobra.

No olvidemos que el fondo de maniobra es fundamental en tanto que es un indicador de la solvencia de la compañía a corto plazo, en tanto que analiza la facilidad con la que una empresa puede hacer frente a sus deudas a corto plazo con sus activos más líquidos.

Imagínese qué pasaría si una entidad financiera que ostentase varios créditos con una sociedad se erigiese como administradora de hecho y se dedicase a extinguir o a vencer anticipadamente estos créditos con el activo de la empresa haciendo peligrar el pago al resto de acreedores, pudiendo llegar al concurso.

Además, otro de las conductas relevantes de esta sentencia es la constitución o reforzamiento de garantías reales sobre créditos ya existentes que ostentaba la entidad financiera. En este punto, hemos de tratar dos cuestiones relevantes.

En primer lugar, con la constitución y el refuerzo de las garantías reales de créditos ya existentes se está produciendo una actuación que redundará en un beneficio para propia entidad financiera. Esto es así porque, en el caso de constitución de garantías, créditos que serían ordinarios en un posterior concurso pasaría a ser privilegiados, lo que iría en detrimento del resto de acreedores. Lo mismo pasaría con el reforzamiento de garantías reales ya existentes, pues en caso de ejecución de la garantía, el remanente sería menor y la masa activa del posterior concurso se vería perjudicada.

En segundo lugar, hemos de recordar que, a la hora de negociar contratos de financiación, una de las mejores bazas que poseen las compañías, es la posibilidad de establecer garantías reales sobre sus activos. De esta forma, el hecho de reforzar y constituir garantías reales sobre los inmuebles de la sociedad disminuye el poder de negociación que la esta podría tener para buscar una financiación alternativa con mejores condiciones. Esto claramente condiciona la libertad de decisión y actuación de los administradores. Este argumento también es válido cuando se den *negative pledges* u obligaciones de no hacer, consistentes en la imposibilidad de otorgar garantías.

Finalmente se ha de señalar que la sentencia establece que Ibercaja decidía, mediante la elección de los proveedores a los que pagar, que obras se debían terminar y cuales no. En la sentencia se prueba que Ibercaja solía pagar a los proveedores de aquellas obras que estaban próximas a su finalización y de las cuales pudiese obtener un beneficio. Así lo establece el fundamento de derecho 3º de la sentencia.

*“Queda acreditado que los pagos efectuados por IBERCAJA tenían como único objeto finalizar las obras a los efectos de que se pudiera escriturar las compraventas, habiendo concluido las obras y existiendo certificación de la misma, lo que confirma que ciertamente la demandada centró sus obligaciones en aquella que le podía reportar beneficios, esto es aquellas obras que se encontraban próximas a su conclusión lo que supuso: disminuir la provisión, un beneficio para IBERCAJA y una obstaculización en relación tanto a ese concreto contrato como para el cumplimiento del resto”.*

Uno de los aspectos más llamativos sobre esta sentencia es que Ibercaja, en su posición de administrador fáctico, actuó en su propio interés. Es aquí donde debemos preguntarnos si es necesario una responsabilidad y un sistema para evitar los conflictos de interés para los administradores hecho por las actuaciones perjudiciales para el patrimonio de la sociedad que no se restrinjan solo a la calificación del concurso como culpable. Por ello, creemos que serían recomendables dos reformas.

Primero, una reforma en el ámbito concursal de tal forma que la sección de calificación se abriese en todo caso, evitando así dejar impunes ciertas actuaciones perjudiciales para sociedad de las personas especialmente relacionadas con el concurso, entre las que se encuentran los administradores de hecho, por el hecho de no llegar a la fase de liquidación

o a la concurrencia de un convenio con ciertos requisitos de quitas y esperas<sup>66</sup>. Si no se cree que esto es necesario, ¿cómo hacemos responder a aquellas entidades financieras que actuando como administradores de hecho y a base de inyecciones de liquidez a base nuevos créditos sostienen a una compañía con claros problemas de solvencia?

En segundo lugar, creemos necesaria una reforma en el ámbito societario donde se establezca un mecanismo para evitar conflictos de interés entre la entidad financiera que actúe como administrador de hecho, que hará todo lo posible por defender o incluso mejorar su posición crediticia, y el interés de la propia sociedad e incluso el de los demás acreedores. No se nos escapa la complejidad de lo propuesto, pero en la medida en la que se impongan ciertas cautelas o se requieran ciertas autorizaciones, como puede ser la del artículo 160 f) de Ley de Sociedades de Capital, a la hora de extinguir obligaciones de forma anticipada o de constituir garantías sobre créditos ya existentes, podremos reducir el riesgo de la aparición de este tipo de conflictos.

### ***3.3.2. Caso Popular (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 5 de Madrid, de 3 de junio de 2014)***

Esta sentencia deniega la consideración de administrador de hecho de la entidad financiera, Banco Popular en este caso, tras un análisis de las conductas que, alegadas por la demandante, constituían una administración de hecho fáctica. Las conductas que se analizan son las siguientes:

- La imposición de un cambio en los asesores legales de la concursada.
- La prelación de las facturas a pagar.
- La disposición del saldo existente en la cuenta corriente de la concursada.

La primera de las actuaciones, en base a lo que se considera probado en la sentencia, no supone ningún tipo de problema pues no se trata de los asesores legales de la empresa concursada, sino que son los de las entidades financieras. De hecho, la empresa concursada sigue manteniendo sus propios asesores legales. La cuestión aquí consistía en que los honorarios de los asesores legales de las entidades financieras deberían ser abonados por la concursada, lo que devenía del acuerdo de refinanciación y no supone ningún tipo de injerencia en la administración de la última.

---

<sup>66</sup> MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “La responsabilidad concursal” en *Cuadernos de derecho y comercio*, nº Extra 1, 2016, pp. 667-705.

En relación con el orden de pago de las facturas, la justificación es cuanto menos difusa<sup>67</sup>. Sin embargo, parece quedar probado, que para realizar cualquier pago se requiere la orden, y por tanto el consentimiento, de la concursada, por lo que no se elimina el poder de decisión de los administradores. Parece que lo mismo ocurre, según la sentencia, al no pagar una factura para destinar tal importe a la amortización del préstamo.

Pues bien, si bien es cierto que el poder de decisión sigue perteneciendo a los administradores de derechos, hemos de ver hasta qué punto son capaces de ejercerlo. Piénsese en aquellas situaciones en las que un incumplimiento de las instrucciones de la entidad financiera o de alguna cláusula del acuerdo de refinanciación puedan suponer la retirada de la financiación y dejar a la empresa en una situación insostenible abocada a la insolvencia.

Por ello, nuestros Juzgados y Tribunales han de ir un paso más allá y cuestionarse aquellas situaciones en las que los administradores de hecho no actúen libremente por temor a las consecuencias. Para ello han de acudir al momento en el que se firmó el acuerdo de refinanciación y al desarrollo de este para ver si ha habido una imposición de este tipo de cláusulas o estamos ante un supuesto de *economic duress*. Si este fuese el caso, la decisión de que facturas pagar y cuáles no al igual que decidir a que destinar el importe de las facturas impagadas, supondría una injerencia en la administración de la sociedad en tanto que afecta al fondo de maniobra, a lo que nos hemos referido *supra*.

Finalmente hemos de analizar la disposición de los saldos existente en la cuenta de la concursada, lo que se conoce como *cash pooling*. En este sentido, hemos de discrepar de lo esgrimido por la sentencia. En este sentido, el Juzgado de lo Mercantil N.º 5 de Madrid, establece que no concurre injerencia en la administración de la concursada el hecho de recomendar cambios en la política de reparto de dividendo y en el destino del excedente de flujo de caja para ceñirse al plan de refinanciación.

Estamos de acuerdo en que una mera recomendación no puede suponer de ninguna manera una actividad de gestión de la sociedad concursada. Sin embargo, hemos de retroceder hasta el momento de la firma del acuerdo y analizar la cláusula referente a la restricción de libertad para disponer del excedente de tesorería y para fija la política de dividendos.

---

<sup>67</sup> NIETO, C., *op. cit.* p. 8

En nuestra opinión, el *cash pooling* sí que supone una injerencia en la gestión de la sociedad pues se está privando a la sociedad de planificar su presupuesto anual o su política de dividendos, algo básico y claramente subsumible en las funciones de administración de la sociedad. ¿Quién sino decide dónde invertir y que proyectos llevar a cabo, así como la asignación de recursos? O desde el punto de vista del fondo de maniobra ¿no sería facultad del administrador de derecho decidir a qué créditos imputar dicho excedente?

No obstante, los administradores deberán obrar diligentemente optando por el repago de la deuda en vez por el reparto de dividendos o nuevas inversiones cuando ello sea aconsejable. Por ejemplo, no sería lógico repartir dividendos cuando tienes deudas impagadas, lo que además podría dar lugar a una rescisión de este reparto en un hipotético concurso<sup>68</sup>.

### **3.3.3. Caso Abengoa (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Sevilla, de 24 de octubre de 2016)**

Esta sentencia sea probablemente sea una de las más cuestionables en cuanto a la condición de administrador de hecho de las entidades financieras se refiere. De hecho, la sentencia no entra a valorar si se dan los comportamientos que dan pie a la alegación de la administración de hecho de estas entidades, remitiéndose a lo inferido de los autos. Estos comportamientos se pueden resumir en:

- La participación de las entidades financieras en la elaboración del plan estratégico de la compañía.
- La imposición de la obligación de destinar los fondos sobrantes a los fines pactados.
- La imposición de un *negative pledge* consistente en no aumentar el endeudamiento por vías alternativas.

A todas luces, los dos primeros comportamientos suponen una grave injerencia en la administración de la sociedad. El primero por participar en la planificación del devenir de la empresa tomando decisiones como las inversiones o desinversiones que se puedan realizar, la diversificación o reducción de los productos y servicios a ofrecer, la expansión

---

<sup>68</sup> SÁNCHEZ-CALERO, J., Pago de dividendos y rescisión concursal en <http://jsanchezcalero.com/pago-de-dividendos-y-rescision-concursal/>, 2012. Última visita el 25 de marzo de 2019.

geográfica de la compañía, la planificación financiera, etc. El segundo por lo dicho *supra* respecto del *cash pooling*.

En cuanto al tercer comportamiento se pueden plantear dudas pues dependerá de su configuración. Si se trata de límite al endeudamiento, como podría ser no superar el endeudamiento en un número de veces de deuda financiera neta entre EBITDA, no habría problema pues no sería una medida de vigilancia de los créditos de las entidades financieras, siempre que los administradores conservasen su poder de decisión.

No obstante, si lo que se prohibiese fuese la obtención de financiación en general, se estaría coartando la libertad de los administradores de buscar una financiación a un menor coste, lo que pensamos que no sería admisible.

En cualquier caso, el Juzgado niega la condición de administradores de hecho de las entidades financieras en base al siguiente argumento.

*“En efecto, las entidades bancarias pueden influir, inducir o, incluso, presionar a un tercero para que actúe de un modo u otro, pero tales circunstancias no son sino evidencias de la dualidad de posiciones. Existe quien pide y existe quien decide acceder o no a lo pedido. En cambio, cuando se produce la administración de hecho, no se pide, sino que se actúa, es decir, el administrador de hecho no pretende una determinada actuación de la sociedad sino que la gobierna con autonomía e independencia plena”.*

Este argumento es un atentado contra la seguridad jurídica y un blindaje al más alto nivel de las entidades financieras. Este argumento supondría la total exclusión de las entidades financieras de la condición de administradores de hecho por su injerencia en la administración y gestión de la sociedad derivada de las cláusulas fijadas en el acuerdo de refinanciación.

Un aberración teniendo en cuenta que incluso el legislador, conocido por afán proteccionista a favor de las entidades financieras, se dio cuenta de las implicaciones que esta exclusión tendría y por ello se curó en salud añadiendo en el artículo 93.2.2º la última frase que dice así *“salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición (la de administrador de hecho)”*.

Básicamente se está justificando, y exonerando de cualquier responsabilidad, cualquier actuación que suponga una suplantación del órgano de administración por el

consentimiento de este. ¿Acaso el que demanda en un primer momento una facultad no la ejerce cuando le es concedido? La autonomía de la voluntad tiene límites y no podemos vulnerarlos de cualquier manera ¿No se tienen en cuenta aquellas situaciones en las que el clausulado de los acuerdos sean impuestos? ¿Acaso una empresa con necesidades de financiación no puede estar en una situación de debilidad con respecto a un banco con el poder de concedérsela?

Pero la argumentación jurídica no se queda ahí, sino que además se realiza el siguiente paralelismo con el que poco menos se afirma que la contraprestación que los bancos reciben por la concesión del crédito no son los intereses, sino que es el control de la administración y gestión de la sociedad prestataria. ¡Menudo negocio!

*“Y es que el hecho de que un tercero pueda exigir determinados comportamientos a una sociedad para, a su vez, realizar este tercero actuaciones concretas (en este caso, conceder una nueva financiación), no puede equipararse a la sustitución del órgano de administración, pues éste es competente para decidir si acepta o no las condiciones que se le exigen y sin que este condicionamiento externo equivalga a la supresión de voluntad del órgano. Lo contrario determinaría, por ejemplo, que ante situaciones de dificultad de una empresa, pudieran considerarse administradores de hecho a los proveedores de la misma que le exigen el pago de lo adeudado para poder seguir con el suministro, lo que, a todas luces, no resulta lógico ni pretendido por el legislador”.*

Finalmente, la sentencia hace referencia a una serie de comportamientos, también alegados por los demandantes, que serían propios de la Junta General *“como sucede con el nombramiento de administradores o la ampliación de capital, por lo que la incidencia sobre estas realidades no puede suponer ejercicio de las funciones propias de la administración societaria”.*

En otras palabras, para el Juzgado, suplantar o influenciar de manera decisiva las decisiones del órgano supremo y soberano de formación y expresión de la voluntad social, al que se subordina el órgano de administración, no supone en modo alguno una administración fáctica.

### **3.3.4. Caso Chamartín la Grela (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 28ª), de 23 de marzo de 2018)**

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 4 de Madrid de 10 de marzo de 2016 otorga la condición de administrador de hecho al banco Hypothekbank Frankfurt AG por llevar a cabo una serie de actividades derivadas de las cláusulas establecidas en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. No obstante, dicha sentencia es apelada y la Audiencia Provincial estima el recurso negando dicha condición.

Las conductas o comportamientos sobre los que se basa la administración concursal para alegar la condición de administrador de hecho son, resumidamente, los siguientes:

- El control sobre las cuentas corrientes pignoradas de tal forma que la sociedad no podía disponer de los fondos sin autorización del banco.
- El establecimiento de una prelación de los pagos que debían hacerse con el saldo disponible en la cuenta corriente pignorada.
- A partir de un determinado momento, el ingreso en una cuenta titularidad del banco de los rendimientos provenientes de la explotación del negocio.
- Los barridos de caja del saldo de la cuenta corriente pignorada por el banco o *cash pooling*.
- La necesidad del consentimiento del banco para poder ejercer los derechos de voto vinculados a las participaciones pignoradas en relación con ciertos asuntos que afectasen a la prenda o a la disminución del valor de las participaciones.
- La imposición de ciertos deberes de información.

Como podemos apreciar en la sentencia, todas estas conductas fueron probadas lo que condujo a una situación en la que la sociedad, que en este caso explotaba un centro comercial como una actividad empresarial, veía como el banco tenía el control absoluto de la gestión diaria de los cobros y pagos de la sociedad. Aun así, se negó la condición de administrador de hecho de la entidad financiera. Entonces ¿qué hace falta para que se otorgue tal condición?

Lo relevante de este caso es que en la cuenta pignorada se abonaban todos los ingresos y se cargaban todos los gastos que la sociedad percibía o realizaba. Por tanto, el banco estaba controlando todas las entradas y salidas de caja de la sociedad, hasta tal punto de que el mismo podría haber elaborado el estado de flujos de tesorería.

Por otro lado, se estaba coartando cualquier tipo de libertad de los administradores. Imagínese que los administradores querían llevar a cabo una inversión para mejorar la fachada del centro comercial y piénsese en la de elementos que se tendrían que dar para ello. En primer lugar, que hubiese fondos tras haber pagado todos los pagos pendientes conforme a la prelación establecida por el banco, que, por cierto, le era claramente favorable. En segundo lugar, que el banco no hubiese realizado un barrido de la tesorería sobrante. Y, en tercer lugar, la autorización del banco. En otras palabras, si hubiese sido el banco el que hubiese decidido arreglar la fachada podría haberlo hecho casi sin ningún tipo de consulta con los administradores de derecho.

Pero la injerencia para ahí, sino que además los socios no podían ejercer el voto de las participaciones pignoradas en relación con asuntos que afectasen a la prenda sin el consentimiento del banco, lo que apenas les dejaba margen de maniobra para cambiar la situación. De nuevo, nos encontramos ante un supuesto de limitación del órgano supremo y soberano de expresión de la voluntad social al supeditar sus decisiones al consentimiento o autorización de un tercero. ¿Quién dirige realmente la sociedad en este caso, los socios, o el banco que tiene la capacidad de influir en el voto de estos e incluso de ratificarlo o desautorizarlo posteriormente?

Podría alegarse, como de hecho se hace en la sentencia, que cada una de las conductas descritas, tratadas individualmente podrían no suponer una injerencia en la administración de la actividad empresarial. Este argumento solo sería válido, a nuestro parecer, para la imposición de los deberes de información consistentes en la entrega de cuentas anuales y de informe anual de negocio.

Por lo tanto, y en contra de lo expuesto en la sentencia, creemos que existe una injerencia en la administración de la actividad empresarial suplantando por completo al órgano de administración social.

#### **4. CONSECUENCIAS DE LA CALIFICACIÓN COMO ADMINISTRADOR DE HECHO**

Como hemos venido comentado a lo largo del trabajo, la calificación como administrador de hecho de las entidades financieras es uno de los mayores riesgos que estos entes afrontan a la hora de refinanciar a una empresa en crisis.

El miedo a este factor de riesgo no es infundado, pues su materialización conlleva la condición de persona especialmente relacionada con el concurso y por tanto llevaría a una subordinación de los créditos concedidos por la entidad financiera y a la cancelación de las garantías reales. Además, abriría la puerta a una posible responsabilidad por el déficit concursal en caso de concurso culpable.

#### **4.1. Subordinación de créditos**

La subordinación de créditos, recogida en el artículo 92 de la Ley Concursal, es una de las sanciones más severas en el ordenamiento concursal pues reduce las expectativas de cobro y, a la hora de la negociación de un convenio, desposee de la capacidad de influir<sup>69</sup>; en caso de ser acreedor profesional.

El fundamento jurídico de la subordinación bebe del derecho americano, en concreto de la doctrina de la *Equitable Subordination*. Esta doctrina permitía que los tribunales subordinasen los créditos de ciertos acreedores calificados como *insiders*. Estos acreedores, debido a la información que poseían o a su poder de influencia sobre el deudor, podían llegar a actuar en su propio beneficio perjudicando al deudor y al resto de acreedores, incumpliendo así “*el deber fiduciario de conducta*”<sup>70</sup>.

No obstante, la subordinación también se podía aplicar a los créditos de terceros o de socios minoritarios, llamados *outsiders*, sobre los que pesase un deber de conducta similar dada la posición jurídica que ocupaban y cuya actuación se revele injusta para los demás acreedores<sup>71</sup>.

En el ordenamiento concursal español, el artículo 93 de la Ley Concursal, recoge, bajo la denominación de personas especialmente relacionadas con el concurso, aquellas personas que ostentan una posición de influencia o manejan información privilegiada, o, al menos, pueden llegar a ello.

---

<sup>69</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital” en *RDCyP*, 2010, nº 12, pp. 93.

<sup>70</sup> ÁVILA DE LA TORRE, A., “La clasificación del crédito de los administradores de hecho en el concurso. Comentario de la Sentencia nº. 739/2014 del Tribunal Supremo (1ª) de 29 de diciembre de 2014” en *ADCo*, 2015, nº 36, p. 2.

<sup>71</sup> GUASCH MARTORELL, R., “El modelo estadounidense de tratamiento de los préstamos de socios: la doctrina de la «equitable subordination»” en *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*. Vol 3. Madrid, *McGraw Hill*, 2002, pp. 3268 y ss.

Con esto, hemos llegado a un sistema en completamente subjetivo en el que la subordinación es automática por el mero hecho ser una de las personas recogidas en artículo 93, sin importar si el acreedor ha llegado a disponer de información, digamos privilegiada, o de si ha llegado a influenciar en la gestión de la actividad empresarial<sup>72</sup>.

En el caso que nos ocupa, es el primer párrafo del artículo 93.2.2º el que otorga esta condición a aquellos administradores de hecho en el momento de la declaración del concurso en los dos años anteriores a esta<sup>73</sup>. Aquí también podemos hablar de una aplicación automática incoherente, pues, aunque la propia calificación como administrador de hecho ya implica una actividad de injerencia en la gestión de la sociedad deudora, ¿debería haber también subordinación si la injerencia ha redundado en un beneficio para sociedad y los demás acreedores?

Esta posibilidad ya la advertía el Juzgado de lo Mercantil Nº1 de Málaga de 7 de abril de 2011, en la que afirmaba que pueden darse ciertos caso en los que “*tal sanción no resulte justificada por cuanto que la actuación del administrador no lo merezca, tanto por haber actuado de buena fe como por haber actuado en beneficio de la sociedad y ser cierto el crédito declarado, pero el precepto no busca justificación algunas, sanciona el hecho de haber sido administrador, sin más, parece como si la norma presumiera, sin posibilidad de prueba en contrario, la existencia de fraude, mala fe, abuso o incluso simplemente que la declaración de concurso es el producto de la mala gestión*”.

Sin embargo, es más discutido el diferente tratamiento que en materia de subordinación se otorga a los accionistas con una participación relevante en el capital social de la empresa en crisis y a los administradores de hecho.

En primer lugar, los créditos de los accionistas con una participación relevante no serán subordinados siempre y cuando no deriven de préstamos o actos con finalidad análoga. El tratamiento concedido a los administradores de hecho es sustancialmente distinto, pues en su caso, se subordinan todos sus créditos<sup>74</sup>.

En este sentido, se penalizaría la injerencia del administrador de hecho en la gestión y administración de la sociedad deudora y su capacidad de influir en su actuación en su

---

<sup>72</sup> DIAZ MORENO, A., “Observaciones...” *cit.* p. 3.

<sup>73</sup> Crítico con esta delimitación temporal, se muestra ÁVILA DE LA TORRE, A., *op. cit.* p. 4

<sup>74</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Preconcurso y reestructuración...” *cit.* pp., 673-675.;

propio beneficio. Mientras, el comportamiento del socio relevante que se está penalizando es el evitar el aumento de su participación en el capital social de la empresa a sabiendas de la situación que está o puede llegar a afrontar, mediante la concesión de préstamos, pues como sabemos los accionistas son los últimos en cobrar en caso de concurso<sup>75</sup>.

En segundo lugar, los administradores de hecho en el momento de la declaración de concurso o los que lo hayan sido en los dos años anteriores a esta, verán subordinados todos los créditos que ostentaren en el momento de la declaración del concurso, independientemente del momento en el que surgió el crédito y de aquel en el comenzaron a injerir en la gestión y administración de la sociedad<sup>76</sup>. Mientras, los socios solo verán subordinados aquellos créditos que hubieren surgido cuando el acreedor ostentaba la condición de accionista relevante del artículo 93.2.1<sup>o</sup><sup>77</sup>.

Una explicación para esta diferencia de tratamiento la aportan Alfaro y Garcimartín al decir que esta pasa por ser la mezcla de la *absolute priority rule* y la *par conditio creditorum* garantizando la igualdad de trato entre los demás acreedores y un acreedor que se encuentra en una posición como administrador de hecho que le permite tener la posibilidad de, en detrimento del resto de acreedores, mejorar sus expectativas de cobro<sup>78</sup>. Una explicación, a nuestro modo de ver, falaz, dado que como hemos venido viendo a lo largo del trabajo, la *par conditio creditorum* nunca ha existido como tal, prueba de ello es la clasificación de los créditos o la devoración del patrimonio por los acreedores privilegiados.

En cualquier caso, creemos que la subordinación de los créditos de los administradores de hecho, tal y como está contemplada en nuestro ordenamiento concursal, es una sanción abusiva ya que pueden darse situaciones injustas. Piénsese en aquella entidad financiera que en algún momento de los dos años anteriores a la declaración del concurso hubiese ejercido como administrador de hecho, sin haber

---

<sup>75</sup> DIAZ MORENO, A., “Observaciones...” *cit.* p. 2

<sup>76</sup> ALFARO, J., GARCIMARTÍN, F. “Sobre administradores...” *cit.*

<sup>77</sup> En este sentido se pronuncia la STS de 29 de diciembre de 2014 en la que afirma que “*Si el legislador hubiera querido limitar temporalmente la calificación del crédito como subordinado a quienes ostentaron la condición de administradores de derecho y de hecho, podía haberlo realizado con la sola indicación de que tuvieran tal carácter en el momento del nacimiento del crédito. Pero la norma impone la subordinación de los créditos a quienes hubieran ostentado las indicadas condiciones fácticas y jurídicas dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque la hubieran perdido en el momento de la declaración de concurso. Por tanto, no cabe la interpretación extensiva «del nacimiento del crédito» a este supuesto contemplado en la norma.*”

<sup>78</sup> ALFARO, J., GARCIMARTÍN, F. “Sobre administradores...” *cit.*

contribuido a la generación o agravación de la insolvencia de la compañía y sin haber perjudicado al resto de acreedores. ¿Sería justo que esta compañía, habiendo cesado ya en su posición de administrador fáctico, viese postergados, no solo aquellos créditos que hubiesen nacido cuando ostentaba tal condición, sino también aquellos que hubiese concedido con posterioridad?

#### **4.2. Incidencia en la sección de calificación**

Nuestro ordenamiento concursal quiere evitar a toda costa la injerencia de terceros en las actividades propias de los órganos de administración de las sociedades<sup>79</sup>. Por ello, en su artículo 172 prevé la posibilidad de declarar como personas afectadas por la calificación a los administradores de hecho, que lo sean en el momento de la declaración del concurso o lo hubiesen sido dentro de los dos años anteriores a esta, dada su equiparación con los administradores de derecho. De esta forma, si el concurso fuese declarado culpable en base a los artículos 164 y 165, el administrador de hecho sería sancionado con la inhabilitación para administrar los bienes ajenos, la pérdida de derechos, en virtud del artículo 172, y la responsabilidad parcial o total por el déficit concursal, en base al artículo 172 bis.

Sin embargo, hemos de matizar esta afirmación pues, si bien es cierto que siempre que los administradores de hecho actúen con dolo o culpa grave se podrá declarar el concurso culpable, lo que conllevará la imposición de los artículos 172 y, a priori, del 172 bis, no todas las actuaciones que dan lugar las presunciones de los artículos 164.2 y 165 pueden ser llevadas a cabo por el administrador de hecho.

Si bien no hay ningún problema con aquellas presunciones que suponen la realización de actos externos, como el alzamiento de bienes o la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor, se plantean dudas en relación con aquellas que requieren un revestimiento formal para ser llevadas a cabo ya que proceden de un deber legal y están reservadas a los administradores de derecho<sup>80</sup>.

En este sentido, una posición restrictiva abogaría por la exoneración de cualquier tipo de responsabilidad concursal del administrador de hecho cuando la declaración

---

<sup>79</sup> DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2.ª ed., Pamplona, *Cizur Menor*, 2006, pp. 243-244.

<sup>80</sup> LATORRE CHINER, N., *El administrador...*, cit., pp. 181 y ss.; VERDÚ CAÑETE, M.ª J., *La responsabilidad...*, cit., pp. 135-136. VERDÚ CAÑETE, M.ª J., *op. cit.* pp. 135-136

culpable del concurso se deba al retraso en la presentación de la solicitud, la llevanza de la contabilidad, o errores graves en esta<sup>81</sup>.

No obstante, estos comportamientos pueden producirse siguiendo las instrucciones que el administrador de hecho, situándose en un plano de superioridad, ha impartido o impuesto al administrador de derecho. Imagínese el caso en el que una entidad financiera supervisa y corrige la contabilidad de la empresa refinanciada<sup>82</sup>. En estos casos, y haciendo alusión al derecho de sociedades, el deber legal se extiende al administrador de hecho y sería responsable<sup>83</sup>. Aunque este no esté legitimado para hacerlo y por tanto no le es exigible la acción de cumplimiento del deber, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 de diciembre de 2015 entiende que el administrador de hecho ha de realizar todo lo posible para cumplir con él, pudiéndole aplicar las consecuencias que se deriven de su incumplimiento.

Además, siguiendo con nuestra crítica a la injerencia cuantitativa, no debería haber motivo alguno por el que no se pudiese calificar como persona afectada por la calificación a una entidad financiera que realizasen actuaciones puntuales de gran calado en la compañía<sup>84</sup>.

En cualquier caso, el hecho de atribuir responsabilidad al administrador de hecho no debe llevarnos al error de exonerar automáticamente al administrador de derecho, allí dónde lo haya<sup>85</sup>. La actuación del segundo, fundamentalmente a través de la cooperación solventado la carencia del revestimiento formal, es un elemento necesario para que el

---

<sup>81</sup> FUENTES DEVESA, R., “Algunas problemáticas de los sujetos responsables en la Sección de calificación concursal: su descoordinación con la Ley de Sociedades de Capital.” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2019, nº 2.

<sup>82</sup> En este sentido, la SAP de Córdoba de 29 junio 2009 establece que el incumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad “*sólo sería imputable al administrador de facto si se acredita que el mismo ha sido fruto de su decisión; es decir, que ha existido un desplazamiento de la capacidad de decisión en materia contable de los administradores de derecho al administrador de hecho*”.

<sup>83</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, en ROJO, A., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (dirs.), “*La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 287-288 “*El argumento de que al administrador de hecho no se le puede sancionar por el incumplimiento de deberes que no puede cumplir (convocar la junta general, solicitar la disolución judicial) no tiene mucho peso si se considera que, en la medida en que efectivamente sea administrador, el administrador de hecho participará en la decisión de cumplir o no cumplir los deberes legales (...)*”; GARCÍA-CRUCES, J.A., *La calificación del concurso*, 1.ª ed., Cizur Menor, 2004, pp. 125, 131-132.

<sup>84</sup> GARCÍA-CRUCES, J.A. “Comentario al artículo 172 de la Ley de Concursal” en ROJO, A., *Comentario de la Ley Concursal*, Pamplona, Aranzadi, 2015.

<sup>85</sup> GARCÍA CRUCES, J.A., *La calificación...*, cit., p.129 y ss.

primero pueda gestionar la sociedad<sup>86</sup>. Además, tal y como nos recuerda la STS de 27 de octubre de 2017, el administrador de derecho no puede delegar los deberes que la ley le confiere por su condición en el administrador de hecho, lo que daría lugar a su responsabilidad.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en la ya mencionada sentencia de Sentencia de 12 de diciembre de 2015 afirma que el administrador de derecho solo se podría exonerar de la responsabilidad concursal cuando (i) ni interviene, ni tiene poder para hacerlo, en las actuaciones que dan lugar a la calificación culpable del concurso, y (ii) cuando de su inhibición se deriva el “*incumplimiento de un deber legal que hubiera incidido directamente*” en la agravación o generación de la insolvencia.

No hemos de olvidar que sobre los administradores sociales pesa un deber de diligencia que entraña, entre otras cosas, el deber de estar informado sobre la situación y devenir del negocio para realizar sus funciones, y el deber de vigilancia, control o supervisión de trabajadores, directivos y demás administradores<sup>87</sup>.

Por ello, aunque el administrador de derecho no hubiese tomado parte en aquellos comportamientos dolosos o culposos que hubiesen contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, o en aquellos que dan lugar las presunciones de los artículos 164.2 y 165, llevados a cabos por el administrador de hecho, se le podrá imputar responsabilidad por culpa *in vigilando o in eligendo*<sup>88</sup>.

Por otro lado, y en consonancia con lo expuesto anteriormente, creemos que la responsabilidad de los administradores de derecho no se debe circunscribir meramente al ámbito concursal. En este sentido, al contrario de lo que opina un cierto sector doctrinal, creemos que, en el ámbito societario, los administradores de hecho están incumpliendo el deber del artículo 228 d) de la Ley de Sociedades de Capital, por el cual deben ejercitar su cargo de forma independiente respecto de instrucciones de terceros, cuando estos siguen las instrucciones que les imparten las entidades financieras en virtud de los

---

<sup>86</sup> FUENTES DEVESEA, R, *op. cit.* p. 5.

<sup>87</sup> LLEBOT MAJÓ, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en ROJO, A., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (dirs.), “*La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 28 y 29; ALFARO, J., “Los deberes de los administradores” en MENCIA JUSTE, J., (coord.) *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Pamplona, Cizur Menor, 2015, p. 324.

<sup>88</sup> GARCÍA-CRUCES, J.A., *La calificación...*, *cit.*, p. 130.

*covenants* de los acuerdos de refinanciación y que suponen una injerencia en la administración de la sociedad<sup>89</sup>.

En relación con la responsabilidad del artículo 172 bis, por el déficit concursal, hemos de resaltar que no basta con la declaración culpable del concurso para poder atribuírsela al administrador de hecho, sino que el Tribunal Supremo exige una “justificación adicional”, ya que esta responsabilidad es concebida como una responsabilidad por daños, y por tanto no puede imponerse automáticamente a las personas afectadas por la calificación<sup>90</sup>.

En nuestra opinión, esta justificación adicional que el Tribunal Supremo establece que ha de basarse en el nexo causal entre los comportamientos del administrador de hecho, o más genéricamente de la persona afectada por la calificación, y la generación o la agravación de la insolvencia; es válida como criterio de modulación de la responsabilidad. Esto ha de ser así máxime cuando se incluye un ámbito temporal tan extenso. No obstante, que este sea el criterio a seguir para imputar responsabilidad puede parecer redundante pues precisamente los artículos 164.1 y 165 ya presuponen la generación o agravación de la insolvencia para calificación del concurso como culpable. Sin embargo, sería conveniente tenerlo en cuenta en el caso de que el concurso se declarase culpable en base a las presunciones del artículo 164.2.

Por otro lado, consideramos que el hecho de que se solo se incluya a los administradores de hecho que lo sean en el momento de la declaración del concurso o lo hayan sido en los dos años anteriores a esta es demasiado restrictivo. Piénsese en una entidad financiera que con su actuación como administradora fáctica hace empeorar la situación de la empresa hasta una situación próxima a la insolvencia cesando en su posición pero que, por cualquier circunstancia, la empresa no declara el concurso hasta pasados dos años. En estos casos, la responsabilidad sería de los administradores de derecho por retrasar la declaración del concurso, pero ¿no debería responder también en este caso la entidad financiera que actúa como administradora de hecho? En este caso, se propone una ampliación del plazo a cuatro años, plazo que coincidiría con el de prescripción.

---

<sup>89</sup> JUSTE MENCÍA, J., “Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad” en JUSTE MENCÍA, J., (coord.) *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Pamplona, Civitas, 2015.

<sup>90</sup> Así se desprende de la STS de 12 de diciembre de 2015.

Finalmente se plantea un interrogante a la hora de valorar cuáles son las consecuencias prácticas de las sanciones de los artículos 172 y 172 bis. Imaginemos que una entidad financiera es declarada administradora de hecho en un concurso culpable. Como se sabe, las entidades financieras tienen divisiones de gestión de patrimonios, por lo que, en caso de no ser filiales con personalidad jurídica propia, ¿se verían estas afectadas por la inhabilitación para gestionar patrimonios ajenos?

## 5. CONCLUSIONES

Como hemos visto a lo largo del trabajo, la administración de hecho es un fenómeno anómalo y dañino que nuestro ordenamiento jurídico pretender eliminar mediante el establecimiento de sanciones de gran repercusión en materia concursal como la subordinación de créditos y las posibles consecuencias derivadas de la apertura de la sección de calificación. En consecuencia, hemos de ser tajantes a la hora de determinar cuándo concurren las circunstancias necesarias para poder atribuir a un tercero la condición de administrador de hecho.

Indudablemente, la dificultad del supuesto está en deslindar qué conductas suponen una injerencia en la administración y cuáles un mero control o supervisión del crédito, lo que muchas veces dependerá del caso concreto.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia, reflejo de la intención de nuestro legislador, se ha mostrado bastante laxa cuando se ha tratado de otorgar la condición de administrador de hecho a las entidades financieras. Condición esta, sustentada en las actividades llevadas a cabo por estas en virtud del clausulado de un acuerdo de financiación o refinanciación que suponen una injerencia en la administración y gestión de la sociedad mediante la suplantación del órgano de administración social, e incluso, a veces, de la junta general.

Si bien es cierto que estas cláusulas han sido pactadas entre las partes, aunque no siempre en condiciones de igualdad, no podemos estar más en desacuerdo con la frase “*existe quien pide y existe quien decide aceptar a lo pedido*”. El mero hecho de que la sociedad consienta una administración de hecho no es argumento suficiente como para negar la responsabilidad de quienes la ejercer y menos aún su existencia. En todo caso, se deberá condenar también a los administradores de derecho.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### a) Legislación

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que modifica la Ley de Sociedades de Capital

Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

### b) Jurisprudencia

#### Sentencias del Tribunal Supremo:

STS de 12 de mayo de 1978.

STS 18 de junio de 1979

STS de 23 de marzo de 1998

STS de 26 de mayo de 1998.

STS de 24 de noviembre de 2005.

STS de 4 de diciembre de 2012.

STS de 22 de julio de 2015.

STS de 12 de diciembre de 2015.

STS de 8 de abril de 2016.

STS de 27 de octubre de 2017.

#### Sentencias de Audiencias Provinciales:

SAP de La Coruña de 17 de enero de 2000.

SAP de La Coruña de 26 de junio de 2009.

SAP de Córdoba de 29 junio 2009.

SAP Coruña de 7 de febrero de 2013.

SAP Barcelona Sección 15.ª de 13 de mayo de 2013.

SAP de Madrid, (Sección 28ª), de 23 de marzo de 2018.

Sentencias de Juzgados de lo Mercantil:

SJM nº. 1 de Málaga de 7 de abril de 2011.

SJM nº. 3 de Madrid de 16 de julio de 2013.

SJM nº 5 de Madrid de 3 de junio de 2014.

SJM nº 2 de Sevilla, de 24 de octubre de 2016.

Resoluciones administrativas:

Resolución de la DGRN de 24 de junio de 1968.

c) Doctrina

ALCOVER GARAU, G., “Refinanciación bancaria y complicidad”, en ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., (dirs.), *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, Madrid, Wolters Kluver, 2009.

ALFARO, J., “Los deberes de los administradores” en MENCIA JUSTE, J., (coord.) *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Pamplona, Cizur Menor, 2015.

ALFARO, J., Y GARCIMARTÍN, F., “Sobre administradores de hecho y subordinación de créditos ex arts. 92 y 93 LC”, en <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2012/04/sobre-administradores-de-hecho-y.html>, (última visita el 25 de marzo de 2019).

ALONSO LEDESMA, C., “El automatismo en la subordinación de los créditos y la posición de las entidades de crédito” en ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., (dirs.), *Implicaciones financieras de la Ley Concursal*, Madrid, Wolters Kluver, 2009.

ALONSO UREBA, A., “La aplicación del concepto de administrador de hecho en supuestos de concurso de sociedades integradas en un grupo y de refinanciación” en *Implicaciones financieras de la ley concursal*, Madrid, *La Ley*, 2009.

ÁVILA DE LA TORRE, A., “La clasificación del crédito de los administradores de hecho en el concurso. Comentario de la Sentencia nº. 739/2014 del Tribunal Supremo (1ª) de 29 de diciembre de 2014” en *ADCo*, 2015, nº 36.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, en ROJO, A., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (dirs.), “*La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

BUIL ALDANA, I., “La financiación de empresas en situación concursal: una visión española basada en el debtor-in-possession financing del sistema norteamericano de insolvencias” en *RDCyP*, 2011, nº 14.

CASTIELLO D’ANTONIO, A., “Acuerdos de reestructuración: nueva financiación preconcursal y fresh mony en Derecho italiano”, *RDCyP*, 2011, Nº15.

CENNERAZZO, S., “Azione di responsabilità per concessione abusiva di crédito: gli spazi di legittimazione del curatore fallimentare dopo la sentenza delle Sezione Unite”, *Riv.dir.comm.*, nº 1-3, 2007.

DE CÁRDENAS SMITH, C., y GARCÍA RODRÍGUEZ, A., “El concepto de entidad financiera a los efectos de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal” en *Diario La Ley*, 2013, nº, 8192.

DE CÁRDENAS SMITH, C., Y NÚÑEZ-LAGOS BURGUERA, A., “Algunos comentarios a la Ley de Reforma Concursal” en *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada / Extraordinario*, Madrid, 2011, pp. 216-220.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L., “El administrador de hecho de las sociedades”, *Cizur Menor*, 2002.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2.ª ed., Pamplona, *Cizur Menor*, 2006.

DÍAZ MARTÍNEZ, M., “El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso”, *RDM*, 2009, nº 273.

DÍAZ MORENO, A. “Observaciones sobre administradores, acuerdos de refinanciación, fresh money y subordinación”, en *RDM*, 2017, nº 303.

DIAZ MORENO, A., “Los efectos de los acuerdos de refinanciación en un posterior concurso: la clasificación de créditos.”, *ADCo*, 2014, nº 33.

EZQUERRA PULGAR, J., “La responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva de crédito en Derecho español”, en *Tendencias actuales en torno al mercado del crédito*, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ LARREA, I., “La administración de hecho asociada a los *covenants* de los acuerdos de refinanciación” en *ADCo*, 2019, nº 46.

FERRÉ FALCÓN, J., “Los créditos subordinados de las personas especialmente relacionadas con el concursado”, *ADCo*, 2015, nº 34.

FLORES SEGURA, M., “Las refinanciaciones de grupo” en *ADCo*, 2017, nº 40.

FUENTES DEVESA, R., “Algunas problemáticas de los sujetos responsables en la Sección de calificación concursal: su descoordinación con la Ley de Sociedades de Capital.” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2019.

FUENTES NAHARRO, M., “Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades”, en *Gobierno corporativo y crisis empresariales. II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil*, Madrid, 2006.

GARCÍA CRUCES, J.A., “Los efectos de los acuerdos de refinanciación en el concurso consecutivo: la calificación” en *ADCo*, 2014, nº 33.

GARCÍA-CRUCES, J.A. “Comentario al artículo 172 de la Ley de Concursal” en ROJO, A., *Comentario de la Ley Concursal*, Pamplona, *Aranzadi*, 2015.

GARCÍA-CRUCES, J.A., “Administradores sociales y administradores de hecho”, en *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés, Cizur Menor*, 2010.

GARCÍA-CRUCES, J.A., *La calificación del concurso*, 1.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, 2004.

GUASCH MARTORELL, R., “El modelo estadounidense de tratamiento de los préstamos de socios: la doctrina de la «equitable subordination»” en *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*. Vol 3. Madrid, McGraw Hill, 2002.

JUSTE MENCÍA, J., “Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad” en JUSTE MENCÍA, J., (coord.) *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Pamplona, Civitas, 2015.

LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, 2003.

LLEBOT MAJÓ, J.O., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en ROJO, A., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (dirs.), “*La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital” en *RDCyP*, 2010, nº 12.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Concesión abusiva de crédito en las refinanciaciones preconcursales: su discutible margen ante la proyectada reforma de la Ley Concursal” en *RDCyP*, 2011, nº 15.

MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “La responsabilidad concursal” en *Cuadernos de derecho y comercio*, nº Extra 1, 2016.

MERCADAL, F., “El acreedor financiero como administrador de hecho. Especial referencia a los *Covenants*” en *ADCo*, 2015, nº 36.

MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores* Vol. II. Pamplona, Aranzadi, 2015.

NIETO, C., “¿Puede la banca ser calificada como administrador de hecho tras una refinanciación?” en *ADCo*, 2017, nº 40.

PERDICES HUETOS, A., “Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001”, *RDS*, 2002 nº 18.

PÉREZ ESCOLAR, R., “Los administradores de hecho y su actuación en el tráfico. Comentario a la resolución de la DGRN de 24 de junio de 1968”, *RDM*, 1968, nº 108.

PRADES CUTILLAS, D., “Administradores de hecho: tipologías no tan encubiertas” en *Diario La Ley*, 2009, nº 7168.

PULGAR EZQUERRA, J., “Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación” en *RDCyP*, 2011, nº 14.

PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación*, Madrid, *Wolters Kluwer*, 2016.

PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración empresarial*, Madrid, *Wolters Kluwer*, 2016.

RECALDE, A., “Los acuerdos de refinanciación mediante la conversión de deudas en capital” en *ADCo*, 2014, nº 33.

RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El administrador oculto”, *RDByB*, 2015, nº 138.

RUBIO VICENTE, P.J., “Concesión abusiva de crédito y concurso”, *RDCyP*, 2008, nº 8.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Acreedores financieros y administraciones de hecho” en *RDCyP*, 2017, nº 27.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Refinanciación de deuda y responsabilidad de la banca”, en *Jornada Refinanciaciones de deuda y Concurso de Acreedores: Balance, Perspectivas y Regulación* de fecha 20 de mayo de 2010, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ-CALERO, J., Pago de dividendos y rescisión concursal en <http://jsanchezcalero.com/pago-de-dividendos-y-rescision-concursal/>, 2012. Última visita el 25 de marzo de 2019.

SANCHO GARGALLO, I., “La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del Consejo de Administración (arts. 236.1 y 2 LSC (RCL 2010, 1792 y 2400)), en RONCERO SÁNCHEZ, A., (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Pamplona, Aranzadi, 2015.

UREBA ALONSO, A., “Algunas cuestiones en relación con el ámbito subjetivo de la responsabilidad de los administradores (administrador de hecho, administrador oculto y grupos de sociedades)”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, Wolters Kluwer, 2011.

VEIGA COPO, A., “Comentario a la Sentencia de 10 de octubre de 2011. Impugnación de la lista de acreedores por razón de la calificación de crédito”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2012, nº 89.

VEIGA COPO, A., Y MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “Entidades financieras y administración de hecho en la reestructuración empresarial” en *RDCyP*, 2018, nº 28.

VERDÚ CAÑETE, M.<sup>a</sup> J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en el concurso de acreedores*, Madrid, 2008.

VILLEMONT, M., “Octroi fautif de crédits avant la loi du 26 juillet 2005 (1ère Partie)”, en [www.monjuriste.com/droitbancaire/](http://www.monjuriste.com/droitbancaire/), 2006.

VILLORIA, I., “Administración de hecho y contratos de financiación”, Clifford Chance Briefing Note, Madrid, 2014.

VILLORIA, I., “El acreedor financiero como administración de hecho”, Clifford Chance Briefing Note, Madrid, 2017.

YAÑEZ, J., Y NIETO, C., “Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos” en *ADCo*, 2014, nº 32.; SANCHO GARGALLO, I., “Homologación, eficacia, impugnación y rescisión de los acuerdos de refinanciación”, en DÍAZ MORENO, A., y LEÓN, F.J., (dirs.), *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, Pamplona, Aranzadi, 2015.

ZABALETA DÍAZ, M., “El Derecho concursal de la crisis: tendencias de reforma de las normativas Concursales” en *ADCo*, 2013, nº 30.