

Administradores de hecho, refinanciación y subordinación

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Como regla general, los créditos de los administradores de hecho contra la sociedad concursada que ellos administran (o han administrado) de facto serán clasificados como subordinados en los términos previstos en los artículos 92.5.º y 93.2.2.º de la Ley Concursal. Durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de la Ley 17/2014, ha regido un régimen coyuntural que ha permitido que los créditos derivados de la aportación de «nuevos ingresos de tesorería» (fresh money) en el marco de acuerdos de refinanciación típicos escaparan a la postergación concursal. Pero a partir del 2 de octubre del 2016 ha vuelto a regir, para estos créditos, el régimen general del artículo 84.2.11.º de la Ley Concursal.

1. Ideas previas (generalidades sobre el concepto de 'administrador de hecho')

El artículo 236.3 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) dispone que «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 es ofrecida por dicha ley 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 parece que haya obstáculo en aplicarla también en otros ámbitos (y, señaladamente, en lo que respecta a la clasificación concursal de los créditos).

Téngase en cuenta, a este propósito, que, en realidad, el precepto mencionado viene a consagrar legalmente un concepto de 'administrador de hecho' sustancialmente coincidente con el sugerido en cierta literatura jurídica y con el seguido a menudo por los tribunales. Puede decirse que, en términos generales, la definición legal da cobijo (superando con ello una animada discusión doctrinal) a dos «categorías» o «tipos» de administradores de hecho: el administrador de hecho a veces denominado «notorio» o «aparente» y el administrador de hecho «oculto». *Grosso modo* puede decirse que el primero es aquel sujeto que, careciendo de nombramiento regular, ejerce de forma *directa* frente a terceros las funciones de administrador; el segundo es quien, «en la sombra» (esto es, sin hacerlo evidente a terceros) ejerce efectivamente las competencias de gestión propias del órgano de administración al influir

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

de manera decisiva y constante sobre los administradores de derecho. Es cierto, con todo, que el supuesto de la persona que actúa como administrador «con otro título» (piénsese en el apoderado general que *de facto* asume la gestión de la compañía) no acaba de encajar plenamente en ninguna de estas dos categorías, puesto que, si bien por una parte ejerce directamente el papel de administrador en el ámbito de las relaciones externas, por otra no pretende aparecer en el tráfico como administrador y, además, para ciertas actuaciones (especialmente de tipo corporativo) necesitará siempre de la existencia de administradores de derecho que sigan fielmente sus instrucciones (por lo que en este sentido será también administrador «oculto»).

Como se ha apuntado más arriba, la doctrina de los tribunales ha venido manifestándose en esta línea, insistiendo por lo general en que, para calificar a una persona de administrador de hecho, deben concurrir las notas de ejercicio de las funciones propias de la administración social con autonomía y sin subordinación a instancia alguna y de manera constante y permanente. Un reciente ejemplo lo ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril del 2016 (RJ 2016\1232) que, con cita de las sentencias del mismo tribunal de 22 de julio del 2015 (RJ 2015\3512) y de 4 de diciembre del 2012 (RJ 2013\2405), señaló lo siguiente: «la noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: *i*) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; *ii*) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y *iii*) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad».

En todo caso, y con independencia de lo anterior, debe siempre recordarse que determinar si un sujeto es o no administrador de hecho es una cuestión eminentemente casuística, dominada por las circunstancias concretas

concurrentes y por la posibilidad de su acreditación. Precisamente por ello la predictibilidad de las resoluciones judiciales en esta materia es limitada.

2. Regla general: subordinación de los créditos de los administradores de hecho

El juego de los artículos 92.5.º y 93.2.2.º de la Ley Concursal comporta que los créditos concursales de quienes hubieran sido administradores de hecho en los dos años anteriores a la declaración del concurso serán *subordinados* (como los de los administradores y liquidadores de derecho y los de los apoderados generales, aun cuando éstos no merezcan en el caso concreto la calificación de administradores *de facto*).

Aunque viene inmediatamente a la mente el paralelismo de esta disciplina con el tratamiento reservado en el artículo 92.2.1.º de la Ley Concursal a los créditos de los socios que alcancen determinada participación en el capital de la compañía concursada, resulta conveniente reparar en que existen relevantes diferencias entre ambos regímenes:

- a) Desde el punto de vista del *ámbito objetivo* de la subordinación, porque ésta afectará a todos los créditos del administrador de hecho (y del de derecho), siendo indiferente que tales créditos deriven de «préstamos o actos con análoga finalidad» (únicos que se subordinan cuando los titulares son socios en los términos del artículo 93.2.1.º de la Ley Concursal) o de otro tipo de relaciones jurídicas (incluso estrictamente comerciales).
- b) Desde el punto de vista del *ámbito temporal* de la subordinación, hay que tener en cuenta que resulta irrelevante si el crédito nació mientras el administrador de hecho lo era o si nació cuando ya había dejado de serlo o antes de adquirir tal condición.

Esto es lo que se deduce del tenor de la norma legal que —obsérvese— no ha sido modificada en este extremo, siendo así que, sin embargo, sí se cambió en el 2009 la regla relativa a los socios para precisar que sólo quedarán subordinados los créditos nacidos mientras el

socio tenga la participación prevista en la ley. En este sentido resulta significativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre del 2014 (RJ 2015\90). En ella, para rechazar el recurso del acreedor cuyo crédito fue clasificado como subordinado a pesar de que había surgido cuando dicho acreedor ya había dejado de ser administrador de hecho, recordó lo siguiente: «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».

Es cierto que la opción legal no es fácil de justificar. A este respecto se han ensayado distintas explicaciones. Así, se ha apuntado, en cuanto a los créditos anteriores al inicio de la administración de hecho, que el luego administrador estaría en condiciones de tomar medidas que favorecieran las expectativas de cobro de su crédito (o incluso su satisfacción efectiva) en detrimento de los intereses de los restantes acreedores, riesgo que justificaría la subordinación (no obstante, parece que el remedio específicamente previsto por el ordenamiento en estas situaciones pasa por el ejercicio de las acciones rescisorias concursales, apoyadas además en la presunción del artículo 71.3.1.º de la Ley Concursal). Y en relación con los créditos posteriores al desempeño *de facto* del cargo, se ha señalado, de un lado, que la subordinación se justificaría por la posibilidad de que la capacidad e influencia del administrador se prolongue con posterioridad a la pérdida de esta condición y, de otro, que encontraría su fundamento en la «asimetría informativa» que se produciría a favor del antiguo administrador, lo que le permitiría valorar mejor las circunstancias y adoptar medidas más eficaces de aseguramiento de su crédito. Estos argumentos y otros que avanzan en el mismo sentido poseen un poder de convicción limitado, lo que da

pie a interpretaciones que sostienen que sólo deberían quedar subordinados los créditos surgidos en el tiempo en el que el administrador realmente desempeñaba (de hecho o de derecho) las funciones correspondientes. No obstante, esta tesis (no exenta de cierta racionalidad) no encuentra fácil encaje en el texto legal —que, recordemos, se refiere expresamente a los dos años anteriores a la declaración de concurso—.

3. En particular, los créditos concedidos por los administradores de hecho en el marco de acuerdos de refinanciación típicos (el régimen del *fresh money*)

Los créditos surgidos a favor de los administradores de hecho en el ámbito de acuerdos de refinanciación siguen, en principio, las reglas generales que se acaban de exponer *supra sub 2*.

No obstante, los créditos que —siempre en el marco de acuerdos de refinanciación típicos— hayan surgido como consecuencia de operaciones que suponen nuevos ingresos de tesorería (el llamado *fresh money*) han recibido un tratamiento especial. Es una disciplina pensada, por tanto, para los créditos nacidos como consecuencia de la aportación al deudor de fondos líquidos adicionales (no entran en este concepto los créditos para los que se acuerden quitas o esperas, o los créditos cuyas condiciones se modifiquen en otros extremos, ni tampoco los nuevos créditos concedidos en sustitución de otros anteriores). Seguidamente veremos las peculiaridades de este régimen.

a) El régimen (temporal) del *fresh money* en la disposición adicional segunda de la Ley 17/2014

La disposición adicional segunda de la Ley 17/2014 estableció un especial régimen en cuanto a la consideración concursal de los créditos derivados de nuevos ingresos de tesorería efectuados en el marco de acuerdos de refinanciación que (suscritos a partir de la entrada en vigor de la ley) cumplieren las condiciones previstas en el artículo 71 *bis* o en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal.

Muy resumidamente, ese régimen suponía que tales créditos se considerarían créditos contra la masa en un posterior concurso del deudor refinanciado (sólo el principal; el crédito por intereses seguiría siendo subordinado). Y ello con independencia de que sus titulares fueran personas especialmente relacionadas con el concursado.

Ahora bien, dicho régimen tenía un marcado sentido «temporal» o «coyuntural», puesto que sólo había de resultar aplicable durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de la propia Ley 17/2014, esto es, hasta el 2 de octubre del 2016.

Por tanto, los administradores de hecho acreedores podían beneficiarse de este régimen especialmente favorable: sus créditos por nuevos ingresos de tesorería concedidos en los términos de la referida disposición adicional segunda serán prededucibles en el eventual concurso posterior (pero —como se verá más adelante: *infra* 2b— probablemente sólo si el concurso se declara en los dos años inmediatos al nacimiento de los créditos).

b) El régimen del fresh money a partir del 2 de octubre del 2016

Resulta de lo dicho que los créditos por nuevos ingresos de tesorería concedidos a partir del 2 de octubre del 2016 (aun en el marco de acuerdos de refinanciación típicos) serán prededucibles únicamente en un 50 % de su importe (art. 84.2.11.º LC), mientras que por el otro 50 % serán créditos con privilegio general (art. 91.6.º LC).

Todo ello con la salvedad, muy relevante a los efectos que ahora interesan, de que esta doble consideración (créditos contra la masa y créditos con privilegio general) no jugará en relación con los ingresos de tesorería realizados por personas especialmente relacionadas con el deudor —entre ellas se cuentan los administradores de hecho, incluso cuando hayan adquirido esta condición después del nacimiento del crédito— por medio de préstamos o actos con análoga finalidad, lo que, por aplicación de las reglas generales, comportará su subordinación en los términos

previstos en los artículos 92.5.º y 93 de la Ley Concursal. Queda abierta la duda de si los créditos concedidos con posterioridad a la fecha mencionada, pero en virtud de acuerdos de refinanciación «típicos» concluidos u homologados con anterioridad podrían aun beneficiarse del régimen anterior (el de la disp. adic. segunda de la Ley 17/2014). El tenor legal no parece del todo concluyente.

Además debe observarse que los créditos que se hayan ido concediendo al amparo del régimen «provisional» volverán a ser considerados créditos contra la masa en los términos del artículo 84.2.11.º de la Ley Concursal una vez que hayan transcurrido dos años desde su nacimiento (aunque parece lógico entender que este efecto sólo se producirá si, entretanto, no se hubiere declarado el concurso del deudor refinanciado). La dicción legal no es todo lo clara que sería deseable, por lo que persisten dudas sobre si a los dos años del nacimiento del crédito la consecuencia se reducirá a que quedará limitado al 50 % del importe del crédito considerado contra la masa o si, por el contrario, volverá también a regir la norma que excluye a las personas especialmente relacionadas con el deudor de este trato favorable (lo que llevaría a concluir que sus créditos —incluso por *fresh money*— serían subordinados en un posterior concurso).

4. Calificación como administrador de hecho y refinanciación

El último inciso del segundo párrafo del artículo 93.2.2.º de la Ley Concursal dispone que no 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 legislador abordó así la cuestión del «riesgo» que habían de afrontar los potenciales «refinanciadores» de ser calificados de administradores de hecho en el (eventual) concurso posterior del deudor refinanciado. Este carácter de administradores *de facto* podía ser argumentado

(con mayores o menores posibilidades de éxito) a partir de la toma en consideración de determinadas cláusulas o estipulaciones que suelen incluirse en los acuerdos de refinanciación (*covenants*) y que, en diferentes medidas y con distintas intensidades, condicionan el comportamiento del deudor y permiten a los acreedores «supervisar», «controlar» o, incluso, «influir» sobre su conducta. El problema es que el riesgo de ser conceptuado como administrador de hecho podría desincentivar la participación de determinados acreedores en acuerdos de refinanciación (que son instrumentos vistos con favor por el legislador, que los ha venido estimando útiles para tratar las situaciones de dificultades económicas de las empresas). De ahí que la ley (con técnica discutible) haya tratado de reducir el riesgo de que un acreedor refinanciador pueda verse calificado de administrador de hecho exclusivamente *en razón o como consecuencia del* contenido de las obligaciones que hubiera asumido el concursado en el marco del acuerdo de refinanciación y que, de alguna manera, podrían traducirse en la atribución al acreedor (o a varios acreedores) de cierta capacidad de «intervención» en la gestión del deudor.

La formulación de la norma permitiría hacer una lectura que la reduciría prácticamente a la inutilidad. Porque la norma viene a disponer que un acreedor será considerado administrador de hecho sólo cuando se pueda probar... ique es efectivamente un administrador de hecho!

(y recuérdese que uno de los pocos puntos claros en torno a la figura del administrador de hecho es, precisamente, que corresponde a quien alega su existencia el dar cumplida prueba de ella). No obstante, atendiendo a su finalidad, puede llegarse a atribuir a la norma otra relevancia (mayor). Nótese que la regla comentada tiene el propósito de eliminar (o, al menos, de reducir) el riesgo de que una interpretación amplia del concepto de administrador de hecho pueda llevar a desincentivar a los potenciales refinanciadores. Ello permite razonablemente entenderla en el sentido de que la mera asunción por el deudor de obligaciones dentro de un plan de viabilidad no puede ser considerada por sí misma (es decir, en ausencia de otras circunstancias y a falta de otras pruebas adicionales o complementarias que fundamenten tal calificación) evidencia de la presencia de un administrador de hecho. En cierta medida, esto genera un terreno seguro (o menos inseguro) para los acreedores refinanciadores, quienes ven alejarse el riesgo de ser considerados administradores de hecho sobre la base exclusiva de lo pactado en los acuerdos de refinanciación en atención al plan de viabilidad (obsérvese, por lo demás, que la ley no restringe expresamente el ámbito de la norma a los acuerdos de refinanciación del artículo 71 *bis* y de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal —aunque el enlace lógico y sistemático con la norma del primer inciso del segundo párrafo del artículo 93.2.2.º de dicha ley parecería dar a entender que sólo se refiere a ellos—).