



Roj: **SJM M 156/2014 - ECLI: ES:JMM:2014:156**

Id Cendoj: **28079470052014100001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **03/06/2014**

Nº de Recurso: **85/2013**

Nº de Resolución: **77/2014**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **JAVIER JESUS GARCIA MARRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **JUZGADO MERCANTIL Nº 5**

### **DE MADRID**

**Autos: incidente concursal nº 85/13**

### **SENTENCIA Nº 77/14**

En Madrid, a 3 de junio de 2014.

Vistos por mí, Javier García Marrero, Magistrado- Juez del Juzgado Mercantil nº 5 de esta localidad, los presentes autos de incidente concursal nº 85/13, seguidos a instancia de **MAG IMPORT SL**, representado por la procurador D<sup>a</sup> Sara Díaz Pardeiro , contra la administración concursal, representada por el procurador D. Isidro Orquín Cedenilla, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, CAIXA GERAL DE DEPOSITOS, BANC OF AMERICA SECURITIES LTD y MERRILL LYNCH INTERNATIONAL LTD, representados por la procurador D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José Bueno Ramírez, NATIXIS SA, SUCURSAL EN ESPAÑA, representada por la procurador D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José Bueno Ramírez, contra ELISEO FINANCE SARL, BANKIA SA, GOLDMAN SACHS INTERNATIONAL BANK y TIBER SPAIN FONDO DE TITULACION DE ACTIVOS, representados por el procurador D. Manuel Lanchares Perlado, contra BANCO DE SABADELL SA, representada por la procurador D<sup>a</sup> Blanca Grande Pesquero, THE ROYAL BANK OF SCOTLAND PLC, contra NOVA CAIXA GALICIA BANCO SA, contra CAIXA BANK SA y BANCO DE VALENCIA SA, representadas por la procurador D<sup>a</sup> Elena Medina Cuadros, contra HYPOTHEKENBANK FRANKFURT, representada por el procurador D. Javier del Campo Moreno, contra BANCO CASTILLA LA MANCHA SA, representada por la procurador D<sup>a</sup> Silvia Casielles Morán, sobre impugnación del listado de acreedores, he procedido a dictar la presente resolución, EN NOMBRE DE S.M., EL REY, teniendo en cuenta los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Que por el procurador de la parte actora se interpuso demanda de incidente concursal de impugnación del listado de acreedores, impugnando la clasificación del crédito subordinado. En apoyo de estos hechos alegó los fundamentos de derecho que consideró oportuno y terminó solicitando que se admitiera la demanda y que tras los trámites oportunos se dictara sentencia estimatoria.

SEGUNDO: Se admitió a trámite la demanda y se emplazó a los interesados. La Administración Concursal se opuso a la demanda señalando que se trataba de un crédito subordinado, porque había unidad de decisión. La concursada no contestó.

Al admitirse solo como medios de prueba la documental ya aportada, se acordó que quedarán los autos conclusos para sentencia

TERCERO: Que en la substanciación de este pleito se han observado las prescripciones legales, excepto el cumplimiento de los plazos procesales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**



PRIMERO: La concursada impugna el reconocimiento del crédito de las demandadas por entender que debe ser subordinado al tratarse de administradores de hecho

La administración concursal señaló que no se trataba de administradores de hecho, porque no se apreciaba la asunción de forma habitual de la gestión de la sociedad, y que en realidad se producía la supervisión de parte de los actos que realizaba la concursada.

Las entidades financieras, se opusieron señalando algunas que carecían de falta de legitimación pasiva al haber cedido el crédito e indicando las demás que no se daban las notas de la administración de hecho

El art 93.2 LC dice que "*... Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:*

*1º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5% del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10% si no los tuviera.*

*2º los administradores de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso*

*3º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1º de este apartado."*

Bajo la vigencia de la ley concursal la doctrina considera que el legislador ha optado por un automatismo de la subordinación de los créditos de las personas especialmente relacionadas, partiendo del principio de que todo relacionado es un conecedor de la situación financiera, considerándose como un acreedor influyente y que por ello a la hora de surgir los créditos tiene un especial conocimiento de la situación patrimonial de la deudora, ejerciendo una influencia decisiva sobre el deudor, argumentándose, que incluso con su actuación pudo ser el causante de la situación de insolvencia, características que no se podían atribuir a los demás acreedores. Se prescinde, por tanto, de un análisis pormenorizado de la situación en cada caso concreto, eludiendo el posible desconocimiento o ignorancia que pudiera tener el relacionado; es cierto que en la última reforma operada por RDL 4/2014, en concreto en la disposición adicional 2º se aparta de esa medida al no atribuir la condición de créditos subordinados a los de personas especialmente relacionadas, pero responde a la pretensión del RDL de incentivar las refinanciaciones y por ello limitado a esta medida. Ahora bien, prescindiendo de esta modificación (y las relacionadas por la capitalización de deuda en el ámbito de un acuerdo de refinanciación en los términos del RDL mencionado), lo cierto que la finalidad de la norma y su interpretación sigue estando vigente

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. En este sentido la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 8 de enero de

2009 sostiene que el art 93 de la ley que recoge un listado tasado y no susceptible de interpretación extensiva.

Por administrador de hechos hemos de entender el que realiza de forma habitual la gestión de la sociedad, es decir, el que manda siempre que su actuación se realice de forma continuada y habitual, excluyéndose por ello los supuestos de actuación concreta. Puede ser administrador de hecho, el que carezca de nombramiento formal, el que lo tenga caducado o el que haya sido cesado aunque siga inscrito (STS 26 de mayo de 2003), el que administra y gestiona los intereses de la sociedad (SAP Zaragoza 21 de noviembre de

2002), bien a través de personas interpuestas que aparentemente realizan esas funciones o bien como empresario oculto, facilitando los medios económicos necesarios para el ejercicio de la actividad; pero en todo caso siempre es necesario que lleve a cabo la gestión y administración de forma habitual.

La STS de 22 de marzo de 2004 señala que la figura del administrador de hecho de las sociedades anónimas se presenta a veces como actuación de apoderados-gestores, aunque carezcan de poderes, entendiéndose por tales además los que refiere el artículo 141 del TRLSA, y los factores generales o singulares ( artículo 286 del Código de Comercio ) y similares, haciendo necesario se lleve a cabo prueba suficiente, directa o indiciaria, acreditativa de ostentar y actuar con la condición de administrador de hecho, que aparece más clara cuando la sociedad carece de efectivo administrador legalmente nombrado, ya que no resulta posible la existencia de una Sociedad Anónima que opere sin los órganos sociales previstos con carácter imperativo en la ley reguladora de las mismas (Sentencia de



24-9-2001). En esta misma línea, la STS de 26 de enero de 2007 define al administrador de hecho como aquella persona que participa activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión, que desempeña por tanto una función de dirección real, con independencia de la formalidad de un nombramiento.

Desde un punto de vista doctrinal se ha mantenido que lo que caracteriza al administrador de hecho se deduce de la concurrencia de dos elementos, uno negativo y otro positivo:

Negativo: el administrador de hecho es quien no ostenta la condición de derecho, esto es, aquel en quien no concurre una válida investidura de dicho cargo, bien porque nunca ha existido, bien porque habiéndolo hecho ha perdido su eficacia.

Positivo: donde se puede diferenciar:

a) La realización de una actividad positiva, que se traduce en una participación efectiva en la gestión y administración de una sociedad, implicando, en definitiva, la vulneración del deber del extraño de intervenir en la administración, inmiscuyéndose indebidamente en la gestión de la sociedad, lo que no impide que, una vez se ha producido dicha injerencia que permita la calificación del sujeto como administrador de hecho, no responda también como cualquier administrador por falta de diligencia debida legalmente impuesta.

b) Que tal actividad sea de dirección, administración o gestión, entendiéndose que la misma implica bien los actos de administración de la sociedad en sentido estricto (a modo de ejemplo la convocatoria de una junta general, la redacción de la cuentas anuales, etc...) bien los de gestión de los negocios sociales, o lo que es lo mismo, la dirección y desarrollo de la

actividad empresarial que constituye el objeto de la sociedad. En todo caso, esa injerencia ha de revestir importancia para la sociedad, sin que pueda equiparse a la misma la mera función del control del socio, ni las meras opiniones, recomendaciones, etc..., ni la intervención de determinados colaboradores en la gestión a los que no sea aplicable esta figura.

c) Que la actividad se ejerza con total independencia o autonomía de decisión, implicando que quien no ostenta el cargo de administrador de una sociedad, impone sus propias decisiones en la conducción de los negocios sociales, ya sea de forma directa o a través de terceras personas de las que se vale; en consecuencia, debe tratarse de un auténtico poder autónomo de dirección y administración, sin que se produzcan subordinaciones a instrucciones de terceros, con total independencia, siguiendo la propia política al margen de la fijada por los administradores de derecho, a los que no se les permite definir otra distinta, de manera soberana.

d) Que su ejercicio sea de manera constante, ya que un acto esporádico de dirección, administración o gestión no permite conceptualizar a quien lo realiza como administrador de hecho.

Se ha señalado (Quijano, en Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, art 236, Civitas, 2011, ps 1694 y 1695) además que será administrador de hecho el que sin ocupar formalmente el cargo, ejerce de hecho y de manera efectiva las funciones de administración, sea sustituyendo a los administradores de derecho, sea influyendo sobre ellos de manera decisiva, pero en este último caso la influencia tiene que ser tan determinante y continuada que permita atribuir o imputar en última instancia las decisiones del órgano a quien la ejerce, en tanto que la capacidad para decidir se ha desplazado a él.

Lo relevante es el ejercicio de las funciones determinantes de la dirección general de la empresa, implicando una participación continua en esa dirección y un control efectivo y constante de la marcha de la sociedad (SAP de Madrid, sección 28ª, de 25 de febrero de

2013). Es el que ejerce efectivamente el cargo al margen de un formal y válido nombramiento, encuadrando dentro de dicha categoría al llamado administrador oculto, esto es, la persona que real y efectivamente ejerce las funciones de administrador de la sociedad, coexistiendo con un administrador de derecho (que figura como tal frente a terceros) y en connivencia con él, el cual de facto se somete sin cuestionamiento a las decisiones del primero y, cuando es preciso, las ejecuta formalmente firmando los pertinentes documentos (SAP de Barcelona, sección 15ª, de 26 de junio de 2013)

Como indica la SAP de Barcelona, sección 15ª, de 26 de junio de 2013, con cita de la STS de 8 de febrero de 2008, los apoderados, por el simple hecho de serlo, no son administradores de hecho; b) no puede ser administrador de hecho quien actúa por mandato de otro, en particular de quien ostenta la titularidad del órgano de administración; c) es necesario actuar como verdadero administrador (autonomía o falta de subordinación).

Dada la dificultad de apreciar esta figura es importante acudir a una serie de indicios para poder decidir si en el caso concreto hay administración de hecho (SSTS de 22 de marzo de



2004 y 24 de noviembre de 2005). Y así, entre estos, se ha aludido a la investidura de un poder general(apoderado, gerente, director general...) que le permita actuar en nombre de la sociedad y gestionar a su voluntad la marcha de la sociedad, aunque la mera condición de

apoderado no es suficiente( STS de 8 de febrero de 2008 ); el tratarse de sociedades familiares en las que el administrador de hecho está vinculado a los de derecho por vínculos de parentesco, lo que puede permitir entender que está en posición de controlar la actuación de los administradores de derecho; disponer de una amplia mayoría en la sociedad, en especial en supuestos de sociedades unipersonales( STS de 24 de septiembre de 2001 ); por presentarse ante los terceros como administrador de la sociedad o por realizar actos que competen en principio a los administradores sociales.

La concursada fundamenta su pretensión en que las entidades financieras obligaban a contratar a los asesores de la concursada, determinan cuando deben pagar las facturas y el orden a seguir, dispone del saldo existente en la cuenta de la concursada, efectúan los borradores de los contratos, se les impone determinadas actuaciones, se le establece un calendario de pagos.

A la hora de resolver la existencia o no de administración de hecho, es necesario tener en cuenta dos circunstancias. La primera es que la consecuencia de la estimación de la demanda sería la subordinación del crédito, es decir, su única repercusión es sobre la clasificación del crédito; esto conlleva que todos aquellos acreedores que han cedido sus créditos, y así se les haya reconocido por la administración concursal, ya no aparecen como acreedores en el listado de acreedores, de manera que carecen de legitimación pasiva, porque en nada les va a afectar, sin perjuicio de que han sido llamados al incidente al ser los que tuvieron intervención en la refinanciación. En segundo lugar, debemos recocer que es necesario justificar la realización de forma habitual de la gestión de la sociedad; se trata de asumir de forma habitual e independiente la actividad de la sociedad; no se refiere a cualquier tipo de conducta, sino a la actividad de dirección, administración o gestión, lo que abarca actos de administración en sentido estricto(como pueden ser los relativos a la formulación de las cuentas, convocatoria de juntas...), como de dirección y desarrollo de la actividad empresarial que constituye el objeto de la sociedad. Así, aquellas actuaciones que no estén subsumidas en estas parcelas no permiten atribuir la condición de administración de hecho, y ello, aunque se compruebe que en sectores ajenos a los referidos, los acreedores(supuestos administradores de hecho), inciden de forma significativa en la decisión de la concursada.

Pues bien, teniendo en cuenta estas consideraciones, y en especial, la parcela que se acaba de mencionar(dirección y desarrollo de la actividad empresarial), debemos considerar que a la vista de la prueba documental obrante, no es posible apreciar la figura del administrador de hecho, en la medida que el papel que han desempeñado las entidades financieras, no ha sido un papel de dirección y desarrollo de la actividad empresarial de la concursada(tenencia de acciones para ostentar el control en otras sociedades), sino la de supervisar y exigir el cumplimiento del contrato de financiación suscrita, eso sí, en defensa de sus intereses legítimos.

En primer lugar, se alude por la concursada que las demandadas obligaron a contratar los asesores que les propusieron ellas; sin embargo de la documentación aportada se desprende que no consta que las entidades financieras obligaran a la concursada a prescindir de sus asesores y contrataran a los que ellas quisieran. En realidad, lo que se observa es que se trata de los asesores legales de las entidades asesoras, que decidieron relevar a la firma DLA Piper y sustituirlo por Allen&Overy (documento 2 ter de la demanda, correo electrónico de

17 de septiembre de 2010), se trata del despacho que asesora a las entidades financieras y así expresamente se lo comunica a la concursada(correo electrónico de 15 de septiembre de

2011, documento 2 ter demanda); otra cosa es que los honorarios del despacho sean abonados por la concursada (correo de 1 de junio de 2011, documento 2 ter), lo que puede ser una práctica frecuente en el sector de las refinanciaciones, en el que es el refinanciado el que abona los servicios de las entidades que refinancian. Por este motivo, se remite correos electrónicos a la concursada(correo de 19 de noviembre de 2010, documento 2 ter), pidiendo la aprobación del presupuesto de los asesores legales para que empiecen a trabajar. Pero en todo caso, queda claro que sus funciones son las de asesorar a las demandadas y no a la concursada, que por otro lado, tiene su propio asesoramiento legal, como se desprende del correo remitido el 22 de noviembre de 2010(h. 9.47) por Bernardo (del Banco Pastor) a Emiliano , que se incorpora en el bloque documental 2 ter de la demanda. Es cierto que se pide a la concursada la cancelación o suspensión del contrato de asesoramiento que tiene con Sigrun(correo 15 de junio de 2010, 18.35, bloque documental 1), pero se indica que el motivo es por los gastos que está asumiendo la concursada en una situación de bloqueo de las acciones que no permite disponer de viabilidad para el cumplimiento del contrato de financiación, y porque



el coste máximo del contrato de asesoramiento suponía más del 35% del gasto total del ejercicio, lo que podría suponer alcanzar en breve el límite (correo de 15 de marzo de 2010, documento 1).

Respecto a la disponibilidad del saldo, en el documento 3 de la demanda se aprecia que el banco agente se dirige a la concursada explicándole que la aplicación de dividendos abonados en la cuenta que les había remitido la concursada podría dar lugar al incumplimiento del contrato, y que se tenía que efectuar de otra forma conforme a lo prevenido en el contrato de refinanciación; y en todo caso, si hay discrepancia señala el banco agente que les gustaría tener una reunión con el "Steering Committee" para explicarlo, indicando además que la cantidad que proponen pasar a amortizar quedará en su poder hasta alcanzar una solución definitiva. Y en todo caso se indica que se ha actuado conforme a lo previsto en el contrato de financiación (carta de 3 de junio de 2011, documento 3). Y lo mismo debe decirse respecto al destino del excedente de flujo de caja, ya que el Banco agente le comunica que la propuesta que hace la concursada puede ser problemática, pero que es su decisión cambiarlo (documento 5 de la demanda)

En cuanto al orden de pagos de facturas, se aprecia que para el pago se requiere la orden de la concursada (documento 5 bis de la demanda), además se indica según el contrato no tienen que pagar facturas, sino destinar el dinero a amortizar el principal, y que para pagar otras facturas habían tenido que convencer al resto de entidades, señalando que esa factura concreta no se iba a pagar, era (documento 17 bis); y que cuando pagan facturas y otros gastos, les informan a la concursada que siguen, previamente, lo dispuesto en el acuerdo de refinanciación, es decir, destinar el importe a la amortización del préstamo (documento 18 bis).

Por lo tanto, observamos que las directrices que realiza el banco agente (y las entidades prestamistas), no inciden en la actividad empresarial de la concursada, sino que lleva a cabo una supervisión del cumplimiento del contrato de préstamo, para que se produzca la devolución de la cantidad adeudada, y por ello en los gastos o actuaciones que realiza la concursada, desde un punto de vista de disposición de dinero, les indican que pueden comprometer la devolución del préstamo. Pero no observamos una incidencia de forma significativa en la actividad de la concursada, en la medida que no consta que esas observaciones estén destinadas a incidir o influir de forma decisiva en las actuaciones que realiza la concursada en el desarrollo de su actividad; es decir, las demandadas no le indican

que actos de gestión, dirección y desarrollo de la actividad empresarial de la concursada puede hacer, solo supervisan que determinados gastos no incidan en la devolución del préstamo dado en su día.

Por ello, al no costar que hay una intervención habitual en la gestión de la sociedad, ni siquiera una influencia decisiva en las decisiones que atañen a la actividad de la concursada o que constriñan su actuación empresarial en un determinado sentido, se debe rechazar la demanda

SEGUNDO: De conformidad con lo establecido en el art. 394 y ss de la L.E.C en relación con el artículo 196.2 de la LC, no se hace especial condena en costas

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por la procurador D<sup>a</sup> Sara Díaz Pardeiro, contra la administración concursal, representada por el procurador D. Isidro Orquín Cedenilla, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, CAIXA GERAL DE DEPOSITOS, BANC OF AMERICA SECURITIES LTD y MERRILL LYNCH INTERNATIONAL LTD, representados por la procurador D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José Bueno Ramírez, NATIXIS SA, SUCURSAL EN ESPAÑA, representada por la procurador D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José Bueno Ramírez, contra ELISEO FINANCE SARL, BANKIA SA, GOLDMAN SACHS INTERNATIONAL BANK y TIBER SPAIN FONDO DE TITULACION DE ACTIVOS, representados por el procurador D. Manuel Lanchares Perlado, contra BANCO DE SABADELL SA, representada por la procurador D<sup>a</sup> Blanca Grande Pesquero, THE ROYAL BANK OF SCOTLAND PLC, contra NOVA CAIXA GALICIA BANCO SA, contra CAIXA BANK SA y BANCO DE VALENCIA SA, representadas por la procurador D<sup>a</sup> Elena Medina Cuadros, contra HYPOTHEKENBANK FRANKFURT, representada por el procurador D. Javier del Campo Moreno, contra BANCO CASTILLA LA MANCHA SA, representada por la procurador D<sup>a</sup> Silvia Casielles Morán, en materia de impugnación del listado de acreedores, sin expresa en costas

Llévese testimonio de esta resolución a los autos y el original al libro de sentencias de este juzgado.

Notifíquese esta sentencia a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, sin perjuicio de poder reproducir la cuestión en la apelación más próxima debiendo formular protesta en el plazo de cinco días.

Así por esta mi sentencia que decide definitivamente en la instancia, la pronuncio, mando y firmo, Javier García Marrero, Magistrado-Juez del Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid y su partido.



PUBLICACION.- Leida y hallada conforme fue la anterior sentencia por el Ilmo Sr. Magistrado-Juez que la ha suscrito, estando celebrando audiencia publica y en el dia de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ