

## EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL \*

**JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE \*\***

*Doctorando en Derecho en el Centro Interdepartimentale  
Ricerche sul Diritto delle Comunità Europee,  
Università degli Studi di Bologna - Colegio de España*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, doña María Teresa BOTE GARCÍA, doña Soraya CALLEJO CARRIÓN, don Gonzalo DOMÍNGUEZ RUIZ, don Carlos ROGEL VIDE y don Alberto TAPIA HERMIDA.

### **Extracto:**

**EL** régimen jurídico aplicable a los contratos en el procedimiento concursal se ha visto renovado por la nueva Ley Concursal (LC). En un periodo de crisis económica es importante conocer las condiciones jurídicas de los contratos una vez se ha declarado el concurso de acreedores.

Conforme al artículo 21.2 de la LC, dictado el auto de declaración del concurso, los efectos del mismo se producen de inmediato. Y los contratos estipulados previamente por el concursado y que están pendientes, le dotan de derechos u obligaciones frente a otra u otras personas, y es necesario determinar en qué medida afecta la declaración de concurso a estos derechos u obligaciones.

En este trabajo tratamos de hacer un esbozo de este régimen jurídico, apuntando las cuestiones que ha planteado la doctrina respecto a problemas de interpretación que ha dejado abiertos la LC.

No queremos dejar de señalar que el actual escenario requiere un estudio en profundidad de este régimen jurídico contractual que aborde, no solo los aspectos problemáticos que ha encontrado la doctrina, sino también las soluciones prácticas que han terminado por adoptar los jueces de lo mercantil. Esperemos que pronto se lleve a cabo este estudio jurisprudencial del Derecho contractual concursal, que sin duda será interesante para los concursalistas, y que necesariamente deberá ser abordado con una sólida formación no solo en Derecho mercantil sino también en Derecho civil, lo que refleja la singularidad

\* Este trabajo de investigación se presentó al Premio CEF del año 2008 en la modalidad de Derecho Civil y Mercantil bajo el seudónimo «Zapatos de Charol». Ha sido actualizado con fecha de 23 de marzo de 2009. Agradezco al Jurado del Premio que estimara interesante su publicación.

\*\* Doctorando en Derecho, Universidad de Bolonia. Especialista en Derecho Mercantil por la UCM. Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia con Premio Extraordinario.

que comienza a adquirir el Derecho concursal como disciplina jurídica. Esta singularidad es más significativa en lo concerniente al Derecho contractual, pues incluso se introduce en el laberinto del Derecho administrativo como ponemos de manifiesto al tratar el artículo 67 de la LC en este trabajo.

**Palabras clave:** concurso de acreedores, contratos, LC.

# Sumario

1. Introducción.
2. Reglas generales.
  - 2.1. Ámbito de aplicación.
    - 2.1.1. Relaciones jurídicas.
    - 2.1.2. Contratos unilaterales y bilaterales.
    - 2.1.3. Otros supuestos.
  - 2.2. Régimen jurídico general.
    - 2.2.1. Cumplimiento íntegro de una de las partes.
    - 2.2.2. Contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes.
      - 2.2.2.1. Resolución del contrato.
        - A) Resolución en interés del concurso.
        - B) Resolución por incumplimiento.
    - 2.2.3. Supuestos especiales.
3. Régimen de las relaciones laborales.
  - 3.1. Reglas específicas.
  - 3.2. Contratos de trabajo.
  - 3.3. Contratos de alta dirección.
4. Contratos con las Administraciones públicas.
5. Rehabilitación de contratos.
  - 5.1. Contratos de préstamo y crédito.
  - 5.2. Contratos de adquisición de bienes con precio aplazado.
  - 5.3. Arrendamientos urbanos.
6. Conclusiones.
7. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

La LC dedica su Título III a los efectos de la declaración del concurso y, dentro del mismo, el Capítulo III a los efectos sobre los contratos. Es aquí donde encontramos el régimen jurídico aplicable a los contratos en el procedimiento concursal.

La cuestión que se nos plantea es la siguiente: declarado el concurso existen una serie de contratos en los que una de las partes es el concursado. ¿Qué sucede con ellos?

Esto adquiere una gran relevancia si tenemos en consideración que actualmente y en un periodo de crisis económica abundan los procedimientos concursales, sean estos voluntarios o no. Y es importante conocer el régimen jurídico aplicable a los contratos de los que formaba parte el concursado.

Conforme al artículo 21.2 de la LC, dictado el auto de declaración del concurso, los efectos del mismo se producen de inmediato. Y los contratos estipulados previamente por el concursado y que están pendientes, le dotan de derechos u obligaciones frente a otra u otras personas, y es necesario determinar en qué medida afecta la declaración de concurso a estos derechos u obligaciones.

La doctrina suele coincidir en que en la legislación anterior la materia estaba deficientemente tratada puesto que la legislación sobre quiebras poco decía. La doctrina acudía a los artículos 1.100, 1.124, 1.466, 1.467 del Código Civil (CC) y a los artículos 908 y 909.8 y 9 del Código de Comercio (CCom.)<sup>1</sup>.

Así, GÓMEZ MENDOZA indica que «(e)l régimen de los contratos pendientes era una de las materias más deficientemente tratadas en el Derecho anterior, como señala con acierto la Exposición de Motivos de la LC, pues la legislación de quiebras poco decía al respecto y había que recurrir a preceptos muy variados de nuestro ordenamiento para sacar algunas conclusiones».

Sin embargo, la LC sí que establece un régimen específico y en principio claro para poder dar respuesta a la cuestión planteada.

<sup>1</sup> GÓMEZ MENDOZA, M. «Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales», en *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, t. III, pág. 2.787.

En este sentido, MARTÍNEZ SANZ afirma que «(l)a nueva regulación (contenida en el Capítulo III del Título III) introduce por fin un régimen coherente y completo para regular los efectos del concurso sobre los contratos pendientes, donde se otorga clara preeminencia a los intereses del concurso»<sup>2</sup>.

Además, según algunos autores «la ley contempla todos los supuestos que se pueden plantear, lo que merece una valoración muy positiva»<sup>3</sup>.

La propia Exposición de Motivos de la ley dedica tres párrafos de su Título III a los efectos del concurso sobre los contratos, en el primero de esos tres párrafos dedicados a los contratos dice que «(o)bjeto de especial atención ha sido también la regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, una de las materias más deficientemente tratadas en el anterior derecho y, por tanto, de mayor originalidad en la nueva ley. Conforme a esta, la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento.

No se admiten las cláusulas contractuales de resolución o extinción en caso de declaración de concurso, pero sí la aplicación de normas legales que dispongan la extinción o expresamente faculten a las partes para pactarla o para denunciar el contrato»<sup>4</sup>.

De aquí se pueden extraer varias cuestiones:

- a) Como veremos, la LC opta claramente por la vigencia de los contratos (art. 61 LC), en congruencia también con el principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial (art. 44.1 LC). Incluso prevé la posibilidad de rehabilitación de contratos (arts. 68 a 70 LC).
- b) En segundo lugar, y para dar cierta flexibilidad al sistema, prevé la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato (arts. 61.2 y 62 LC).
- c) No permite las cláusulas contractuales de resolución o extinción en caso de declaración de concurso, en congruencia con esa voluntad de continuidad en la vigencia de los contratos, pero dejando vía libre a las normas legales que dispongan la extinción o bien faculten expresamente a las partes para pactarla o denunciar el contrato (arts. 61.3, 62 y 63 LC).

Hay una originalidad innegable en la LC, sobre todo si tenemos en cuenta que se aparta no solo de lo que preconizaba la doctrina española hasta la fecha, sino también de lo legislado en otros

<sup>2</sup> MARTÍNEZ SANZ, F, en BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de Derecho Mercantil*, 12.ª edición, Vol. II, Tecnos.

<sup>3</sup> MARTÍNEZ ROSADO, J «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal)», *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, t. III.

<sup>4</sup> Exposición de Motivos de la LC, Título III, Par. 15.

países, donde parece haber predominado el sistema de opción, es decir, que la representación de la insolvencia elija entre cumplir o no con el contrato pendiente <sup>5</sup>.

En el segundo párrafo que dedica la Exposición de Motivos a los contratos se refiere expresamente a los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, cuestión que trata «con especial cuidado» <sup>6</sup>.

Se atribuyen competencias que en principio correspondían a la Jurisdicción social, al juez del concurso, debido a su especial trascendencia en la situación patrimonial del concursado y «en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado» (arts. 64 a 66 y art. 8 LC).

Por otro lado, «se remiten a lo establecido por su regulación especial los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor» <sup>7</sup> (art. 67 LC).

Sin embargo, debemos advertir que la regulación de los efectos del concurso sobre los contratos no se encuentra solamente en la LC.

Efectivamente, como muy bien ha advertido la doctrina, estamos ante una regulación incompleta: en primer lugar, la LC se refiere solamente a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes total o parcialmente de ejecución, quedando fuera otras figuras contractuales (ejemplo, el mandato no retribuido) por atribuir obligaciones a una sola de las partes; en segundo lugar, porque la LC se refiere a algunos contratos como el contrato de préstamo, el contrato de arrendamiento, pero para regular solamente la rehabilitación en el primer caso, y en el segundo la enervación del desahucio o su rehabilitación; en tercer lugar, porque remite a la legislación especial en algunos supuestos (contratos administrativos de carácter público) <sup>8</sup>.

## 2. REGLAS GENERALES

Como hemos comentado, la LC dedica los artículos 61 a 70 de la misma a tratar los efectos que tiene la declaración del concurso sobre los contratos. De estos artículos los preceptos 61 a 63 se refieren a los contratos con obligaciones recíprocas en general, mientras que el resto se refieren a una tipo concreto de dichos contratos (contratos de trabajo, de alta dirección, contratos de financiación, etc.) que analizaremos paso a paso.

<sup>5</sup> GÓMEZ MENDOZA, M. «Capítulo III. De los efectos sobre los contratos», en AA.VV. *Comentarios a la Legislación Concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)* dir. por J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCOCER GARAU, T. I Ed. Dykinson 2004.

<sup>6</sup> Exposición de Motivos de la LC Título III Par 16.

<sup>7</sup> Exposición de Motivos de la LC Título III Par. 17.

<sup>8</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «Los efectos del concurso sobre los contratos», CAMPUZANO, A.B. (Coord.) *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Ed. Thomson-Civitas 2004, pág. 1.115 y ss.

Efectivamente, en los artículos 61 y 62 encontramos las reglas generales aplicables a los contratos con obligaciones recíprocas. Y lo que hacen es disponer la vigencia de los contratos pendientes. Mientras, el artículo 63 contiene la regulación de unos supuestos especiales. Este régimen es muy importante ya que se aplicará en caso de que no haya un régimen específico para los contratos ante los que nos encontremos.

Se puede haber criticado con altas miras en el Derecho comparado la opción hecha por el legislador español en pro de la vigencia contractual, mientras que en otras legislaciones europeas como la alemana se reconoce expresamente la opción de optar por la vigencia de los contratos o su resolución. Sin embargo, lo que dudamos es que la LC haya realizado tal opción, por mucho que así se muestre en la Exposición de Motivos, y parezca ser lo deducible en un primer momento.

Y decimos esto porque de un estudio profundo del articulado se viene a entender un sistema de opción donde se exige eso sí, autorización judicial para la resolución del contrato si se opta por esta, lo que parece mucho más garantista que dotar de un derecho arbitrario a la administración concursal respecto de la continuación o no del contrato como se realiza en el Derecho alemán.

## 2.1. **Ámbito de aplicación.**

La primera cuestión que se plantea es el ámbito de aplicación de las reglas generales, es decir, si cubren todos los contratos o no, y si cabe hablar de alguna relación no contractual que entre dentro de su ámbito de aplicación. Y esto se plantea debido a que la redacción del artículo 61 de la LC plantea dudas sobre si hace referencia solamente a los contratos con obligaciones recíprocas.

### 2.1.1. *Relaciones jurídicas.*

Si bien la LC en la rúbrica del artículo 61 habla de contratos de obligaciones recíprocas, hace años la doctrina mantuvo, al estudiar la legislación anterior, que no solo se trataba de contratos, sino que cabían otros supuestos de relaciones entre el quebrado y terceros, de ahí que hablara de relaciones jurídicas preexistentes y pendientes<sup>9</sup>.

MARTÍNEZ ROSADO apunta que pueden surgir obligaciones recíprocas de otras fuentes no contractuales (nulidad de una obligación en virtud de declaración judicial, por ejemplo). Respecto a la falta de mención en el artículo 61 mantiene que «no parece que haya inconveniente en aplicar a dichas relaciones el régimen contenido en los artículos 61 a 63, o incluso el correspondiente a las acciones de reintegración (arts. 71 a 73)»<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> GIRÓN TENA, J. Citado en GÓMEZ MENDOZA, M, *op. cit.*, pág. 2.796 y ss.

<sup>10</sup> MARTÍNEZ ROSADO, *op. cit.*

### 2.1.2. Contratos unilaterales y bilaterales.

La LC tiene como rúbrica del Capítulo III del Título III, «De los efectos sobre los contratos» y sin embargo, la rúbrica del artículo 61 se refiere solamente a los contratos de obligaciones recíprocas. Aquí se plantea la cuestión de qué sucede con los contratos unilaterales.

GÓMEZ MENDOZA considera que la regla del artículo 61.1 de la LC sería aplicable a los contratos unilaterales <sup>11</sup>.

En cambio, MARTÍNEZ FLÓREZ es ambiguo, pues si bien mantiene que quedarían fuera debido «seguramente al entendimiento de que, en la medida en que solo producen obligaciones para una de las partes, no plantean problemas en el concurso». Pero añade que «no siempre sucede así (por ejemplo, cuando la ejecución del contrato unilateral, *v. gr.*, el mandato, supondría la disposición de un bien de la masa que, tras la declaración de concurso, no puede llevarse a cabo por no constituir ejercicio de la facultad de disposición del modo más conveniente para los intereses del concurso: art. 43). Ahora bien, como se verá, que estos negocios no entren en el ámbito de aplicación del precepto no significa que no se les pueda aplicar en algunos aspectos el mismo régimen que a los contratos con obligaciones recíprocas ya cumplidos por una de las partes al tiempo de la apertura del concurso» <sup>12</sup>.

Finalmente MARTÍNEZ ROSADO afirma que «en tanto la LC no distingue a estos efectos entre unos contratos u otros, da a entender que tanto este precepto como los siguientes son aplicables a los contratos celebrados *intuitu personae*, y que, por el mismo argumento, este número 1 del artículo 61 resulta asimismo aplicable a los contratos unilaterales, no así el número 2 de este mismo artículo ni el artículo 62, ya que estos últimos se refieren a los contratos con obligaciones recíprocas» <sup>13</sup>.

Esto lo dice porque el artículo 61 en su apartado primero habla de «contratos celebrados por el deudor» sin hacer más precisión, mientras en el apartado segundo del mismo artículo hace una referencia explícita a los «contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento» y el artículo 62 se refiere a «los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente».

### 2.1.3. Otros supuestos.

Al no distinguir, entonces entendemos que quedarían dentro de su ámbito de aplicación los contratos *intuitu personae* <sup>14</sup>. Pero si bien la LC no hace distinción, la doctrina tradicionalmente había optado por la extinción de los contratos personales por el hecho de la declaración de quiebra <sup>15</sup>.

<sup>11</sup> GÓMEZ MENDOZA, M., *op. cit.* (1), pág. 2.797.

<sup>12</sup> *Vid.* MARTÍNEZ FLÓREZ, *op. cit.* pág. 1.122 y ss.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ ROSADO, J., *op. cit.* pág. 2.959.

<sup>14</sup> *Vid.* GÓMEZ MENDOZA, *op. cit.*, pág. 2.799, MARTÍNEZ ROSADO, J., *op. cit.*, pág. 2.959.

<sup>15</sup> GÓMEZ MENDOZA, M., *op. cit.* (2), pág. 721.

Quedan fuera del ámbito de aplicación los contratos plurilaterales o asociativos, donde las partes no asumen obligaciones recíprocas, sino que buscan un fin común <sup>16</sup>.

Respecto de los contratos imperfectos, cierta doctrina considera que no habría inconveniente en aplicarles el principio de vigencia, con independencia de la forma en que se configure la institución (se trate de precontratos, promesas de contratos o contratos preparatorios o preliminares) <sup>17</sup>.

Debemos añadir que existen determinados contratos con obligaciones recíprocas que quedan fuera del ámbito de aplicación. Así, por ejemplo, aquellos contratos que afecten a bienes o derechos que no integran la masa activa del concurso. Respecto a estos supuestos MARTÍNEZ FLÓREZ pone como ejemplos paradigmáticos un contrato de compra de unas gafas para uso personal del concursado, el contrato por el que el concursado se compromete a alcanzar un resultado que exige una actividad estrictamente personal como pintar un cuadro, o cuando el concursado se obliga a prestar sus servicios profesionales como médico o abogado. Mantiene que «cuestión distinta es que el juez pueda acordar el cese de la actividad profesional con el fin de evitar que las obligaciones surgidas en el ejercicio de la actividad profesional gravan la masa activa ex art. 84.12-5)» <sup>18</sup>.

## 2.2. Régimen jurídico general.

La LC establece el principio de vigencia de todos los contratos con obligaciones recíprocas, si bien dispone que se puede «recurrir al juez para que resuelva alguna relación cuando sea conveniente al interés del concurso y regula, pasando también por el juez, las consecuencias del incumplimiento tanto posterior como anterior al concurso» <sup>19</sup>.

Podemos hablar de dos reglas generales:

### 2.2.1. Cumplimiento íntegro de una de las partes.

En los contratos pendientes en que «una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso» (art. 61.1 LC).

En otras palabras, si el concursado ha cumplido, su crédito se incluirá en la masa activa, si es la otra parte la que ha cumplido no haciéndolo el concursado, la deuda se incluirá en la masa pasiva.

<sup>16</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *op. cit.*, pág. 1.122.

<sup>17</sup> GÓMEZ MENDOZA, M., *op. cit.* (1), pág. 2.800.

<sup>18</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, *op. cit.*, págs. 1.123 y 1.124.

<sup>19</sup> GÓMEZ MENDOZA, M., *op. cit.* (1), pág. 2.789.

MARTÍNEZ SANZ considera que esta solución es la que había en la legislación precedente y que se trata de una solución sensata<sup>20</sup>. Sin embargo, había una vieja discusión doctrinal sobre si cabía o no la resolución por la parte *in bonis*, esto es, la parte que había cumplido su contraprestación, aplicando el artículo 1.124 del CC, aunque finalmente la mayor parte de la doctrina se había decantado por la improcedencia de la resolución. A este respecto GÓMEZ MENDOZA apunta a que «con el derecho anterior, una doctrina muy cualificada», citando a BROSETA y VIGUERA RUBIO, «seguía emperrada en que la otra parte podía resolver el contrato ya cumplido íntegramente por ella y solicitar la restitución de la cosa entregada en los contratos de transmisión de dominio de bienes identificables, sobre la base del 1.124 del CC y del 909.8 y 9 del CCom. El contrato podía continuar en cambio si los síndicos se avenían a ello y cumplían las obligaciones del quebrado» y luego alude a que recientes aportaciones doctrinales habían puesto en entredicho esta solución, como MARTÍNEZ FLÓREZ, sobre la base de que supondría ir en contra de la *par condicio creditorum* privilegiando a unos acreedores respecto a otros. También apunta a que se había pronunciado en contra de la resolución el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de enero de 1978<sup>21</sup>.

Debemos advertir que el cumplimiento íntegro cabe en un contrato de tracto único pero no de duración, ya que en los contratos de duración se exige del deudor un comportamiento uniforme y continuado como puede ser por ejemplo la prestación del goce arrendaticio<sup>22</sup>.

MARTÍNEZ FLÓREZ se ha planteado la cuestión de que el cumplimiento de la prestación lo realice un tercero. En este caso, previsto en el artículo 1.158 del CC, no habría que excluir la aplicación de la norma concursal, ya que si bien el crédito del acreedor quedará extinguido, el deudor no queda liberado, puesto que el tercero puede reclamar lo pagado, salvo que hubiese realizado el pago contra la voluntad del deudor, en cuyo caso y a tenor del artículo 1.158 del CC solo podrá repetir del deudor aquello que le hubiera sido útil el pago<sup>23</sup>.

Por otro lado, cabe afirmar que tendrán los mismos efectos que «el cumplimiento» íntegro de las obligaciones, la consignación de la cosa debida o la dación en pago, es decir, lo que la doctrina llama un «subrogado» del cumplimiento, y la misma solución cabría aportar para el caso de que la obligación de una de las partes se hubiera extinguido por una causa distinta al cumplimiento, mientras quede pendiente la obligación de la contraparte (por ejemplo, en caso de la pérdida de la cosa debida)<sup>24</sup>.

### 2.2.2. Contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes.

Conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 61 «(1) a declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de

<sup>20</sup> MARTÍNEZ SANZ, *op. cit.*, pág. 137.

<sup>21</sup> GÓMEZ MENDOZA, M., *op. cit.* (2), pág. 721.

<sup>22</sup> Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol II, *Las relaciones obligatorias*, 5.ª edición, Madrid, 1995, pág. 322, citado en GÓMEZ MENDOZA, M., *op. cit.* (2), pág. 722.

<sup>23</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *op. cit.*, pág. 1.142.

<sup>24</sup> *Vid.* nota anterior.

cumplimiento a que esté obligado el concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa».

MARTÍNEZ FLÓREZ comenta que la ley opta por la solución de considerar a la parte *in bonis* como acreedor de la masa; cuando en congruencia con el artículo 49 de la LC, al tener en el momento de declaración de concurso un crédito contra el deudor, sería que su crédito quedara integrado en la masa pasiva del concurso, es decir, que se le considerara como acreedor concursal. La razón de la opción que realiza el legislador se debe a la voluntad de mantener el principio de que la declaración de concurso no afecta a la vigencia del contrato, y por tanto mantener la protección jurídica del acreedor permitiéndole la resolución por incumplimiento contractual o por riesgo de incumplimiento <sup>25</sup>.

La LC considera pues en este caso el crédito como un crédito contra la masa. La cuestión que se plantea es si deben satisfacerse con cargo a la masa todas las obligaciones del concursado que están pendientes.

En caso de que el contrato estuviera pendiente de ejecución íntegramente por ambas partes, parece claro que la solución sería considerar el crédito como crédito contra la masa, pero en el supuesto de que la contraparte del concursado hubiera cumplido parte de sus obligaciones previamente a la declaración del concurso, no está clara la solución. Habría que plantearse si el crédito que corresponde a la parte de la prestación cumplida por la parte *in bonis* debe considerarse como crédito contra la masa, o si hay que integrarlo en la masa pasiva.

La doctrina viene a argumentar que en los casos de contratos de tracto sucesivo, pendientes de cumplimiento, al menos parcialmente, los créditos serán contra la masa, ya que el artículo 62.1 de la LC permite a ambas partes que puedan optar por la resolución por incumplimiento del concursado anterior a la declaración de concurso, con la consiguiente obligación de satisfacer con cargo a la masa dichas obligaciones para evitar la resolución. Y entienden, por tanto, que, *a sensu contrario*, el legislador ha querido excluir de los créditos contra la masa a las obligaciones pendientes del concursado en los contratos de tracto único <sup>26</sup>.

El problema se planteará en aquellos casos en los que no esté claro si estamos ante un contrato de tracto sucesivo o no, entendiendo como tales a los contratos de duración, en los que una o ambas partes deben realizar una actividad de continuada.

#### 2.2.2.1. Resolución del contrato.

Como comentábamos, en principio los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes siguen vigentes, y la declaración de concurso no les afecta. Es más, el apartado tercero del artículo 61 dispone que «se tendrán por no puestas las cláusulas que establez-

<sup>25</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *op. cit.*, pág. 1.144.

<sup>26</sup> GÓMEZ MENDOZA, M., *op. cit.* (2), pág. 722.

can la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes».

Y, sin embargo, la LC regula la posibilidad de resolución de los contratos:

#### A) Resolución en interés del concurso.

El artículo 61.2 de la LC faculta en su párrafo segundo a la administración concursal «en caso de suspensión» o al concursado «en caso de intervención» a «solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al *interés del concurso*».

Por tanto, la LC prevé la opción de resolver el contrato en interés del concurso. En caso de que la administración concursal o el concursado, según competa, ejercitara esta posibilidad, el juez «citará a comparecencia al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa» (art. 61.2, párr. segundo *in fine* LC).

Debemos entender que ante la solicitud de resolución, el juez de lo mercantil citará a los interesados a una audiencia, donde deben llegar a un acuerdo. Si hay acuerdo, dictará auto conforme a lo acordado, si no lo hubiera, entonces habría que acudir al incidente concursal.

En este último caso, la doctrina sostiene que «de entender el juez de lo mercantil que no procede la resolución del contrato se satisfarán con cargo a la masa las prestaciones pendientes de cumplimiento del deudor»<sup>27</sup>.

Si, en cambio, el juez de lo mercantil declara resuelto el contrato, lógicamente las partes quedan liberadas del cumplimiento de sus obligaciones. Como esto puede suponer un perjuicio para la parte *in bonis*, el artículo 61.2 de la LC prevé no solo el acuerdo por el juez, en su caso, de las restituciones que procedan sino también de una indemnización con cargo a la masa.

#### B) Resolución por incumplimiento.

La LC también prevé la resolución de los contratos por incumplimiento.

Así, el artículo 62 de la LC en su apartado primero dispone que «la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo pre-

<sup>27</sup> MAGRO SERVET, V. «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en GALLEGO SÁNCHEZ, E. (Coord.) *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Ed. La Ley, 2005, pág. 719 y ss.

cedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso».

Aquí se regula la resolución por incumplimiento de contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes (art. 61.2 LC) excluyéndose, por tanto, los contratos pendientes de cumplimiento por una de las partes. Además, diferencia dos supuestos distintos de resolución por incumplimiento:

1. Resolución por incumplimiento posterior. Hablamos de los contratos de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento cuando se declara el concurso, y que conforme al artículo 61.2 de la LC siguen vigentes. Existe la posibilidad de solicitar la resolución en interés del concurso. Pero además, en caso de que la otra parte incumpla sus prestaciones pendientes cabe también solicitar la resolución por incumplimiento sobre la base del artículo 62.1 de la LC, por la parte *in bonis*.
2. Resolución por incumplimiento anterior en los contratos de tracto sucesivo.

Efectivamente, en los contratos de duración, cabe la resolución no solo cuando se incumple la obligación pendiente una vez declarado el concurso, sino que también cabe la resolución sobre la base de un incumplimiento anterior a la declaración de concurso. En cambio, en los contratos de tracto único solamente cabrá la resolución por incumplimiento si este es posterior a la declaración de concurso.

En ambos supuestos la acción resolutoria «se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal» (art. 62.2 LC). El incidente concursal se regula en los artículos 192 y siguientes de la LC.

El juez del concurso conocerá pues de la acción resolutoria a través del incidente concursal y podrá:

- a) Acordar la resolución del contrato (art. 62.4 LC) en cuyo caso «quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento».

En este caso, en cuanto a las obligaciones vencidas «se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda» (art. 62.4).

- b) También puede «aunque exista causa de resolución» acordar el cumplimiento del contrato atendiendo al interés del concurso (art. 62.3) «siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.»

En otras palabras, aunque exista incumplimiento, lo que facultaría a la parte *in bonis* a solicitar la resolución del contrato, el juez puede acordar el cumplimiento en interés del

concurso. Estamos ante una decisión potestativa del juez de lo mercantil. En el supuesto de que optara por que se cumpla el contrato, las prestaciones debidas por el concursado se realizarían con cargo a la masa, es decir, se considerarían como créditos de la masa (en sintonía con lo dispuesto por el art. 61.2. LC).

### 2.2.3. Supuestos especiales.

En el artículo 63 de la LC se recogen dos supuestos especiales o excepciones que se refieren a la no afectación de lo dispuesto en los artículos 61 y 62:

- a) El ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda conforme a la ley (art. 63.1 LC).

Esto supone que en los supuestos en que la legislación específica regule una facultad de denuncia unilateral habrá que estar a dicha regulación. Por ejemplo, MAGRO SERVET pone como ejemplo la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia, en sus artículos 26 y siguientes<sup>28</sup>.

No debemos olvidar, por otro lado, que la propia LC en su disposición final vigésimo novena reforma esta ley, modificando la redacción del apartado b) del artículo 26.1, disponiendo que «cada una de las partes de un contrato de agencia pactado por tiempo indeterminado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso» en una serie de supuestos, incluyendo en esa modificación «cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso».

Otro ejemplo sería el del artículo 1.594 del CC respecto del contrato de arrendamiento de obras y servicios, disponiendo que el dueño de una obra puede desistir de la construcción de la obra, aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad.

- b) A la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes (art. 63.2 LC).

Si bien el artículo 61.3 de la LC establecía la ineficacia de las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso, de cualquiera de las partes; en el artículo 63.2 de la LC se dispone una excepción a esta regla de ineficacia, y es cuando las leyes lo dispongan o permitan pactar esa extinción del contrato.

Como ejemplo se puede citar la disposición adicional décima de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley del Mercado de Valores, en redacción dada (a la disposición

<sup>28</sup> MAGRO SERVET, V. «Artículo 63. Supuestos especiales», en GALLEGO SÁNCHEZ, E. (Coord.), *op. cit.*, pág. 733 y ss.

adicional) por el artículo 16 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, que en su número 3 establece que las situaciones concursales no afectarán a la declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente de las operaciones financieras realizadas en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con el mismo <sup>29</sup>.

También se puede aludir al artículo 111 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) que regula las causas de resolución de los mismos y que incluye en la letra b) la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

Aquí habría que añadir otras normas que vienen a excepcionar el principio general de vigencia de los contratos y que no tienen por qué sancionar precisamente con la extinción del contrato, puesto que la disposición adicional segunda de la LC establece que en los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, etc., «se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica» <sup>30</sup>.

### 3. RÉGIMEN DE LAS RELACIONES LABORALES

La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, que hemos visto que era el principio general que estipula el artículo 61.2 de la LC, también se aplica a los contratos laborales.

Por tanto, también en este caso, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso (art. 61.2, segunda parte).

Hay que considerar además, que esto es coherente con el principio de continuidad de la actividad económica o empresarial (art. 44.1 LC). Si bien, el artículo 44.4 de la LC prevé la posibilidad de adopción de medidas que afecten a dicha actividad, especificando que cuando dichas medidas «supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, el juez actuará conforme a lo establecido en el párrafo 2 del artículo 8 y en el artículo 64».

Conforme a lo dispuesto en el artículo 8.2 de la LC, el juez de lo mercantil tiene competencia exclusiva y excluyente respecto de «las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral».

<sup>29</sup> MAGRO SERVET, V., *op. cit.*, pág. 737.

<sup>30</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *op. cit.*, pág. 1.186.

Por tanto, tenemos una regla general, la vigencia de los contratos recíprocos (art. 61.2 LC), pero una serie de reglas específicas que establece la LC para las relaciones laborales (arts. 64 a 66 LC) y además deberemos acudir a los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria.

### 3.1. Reglas específicas.

En un procedimiento concursal «la difícil situación económica de la empresa exigirá de ordinario la reordenación de los recursos humanos. Por esta razón, la ley regula de forma específica los efectos del concurso en las relaciones laborales comunes y en el personal de alta dirección (arts. 64 y 65)»<sup>31</sup>.

En los supuestos en los que las medidas a adoptar supongan modificar condiciones establecidas en los convenios colectivos será necesario además el acuerdo de los representantes de los trabajadores (arts. 8.2 y 66 LC).

### 3.2. Contratos de trabajo.

Respecto de los contratos de trabajo debemos acudir a lo dispuesto en el artículo 64 de la LC. En dicho artículo se regula el procedimiento para conocer por el juez de lo mercantil de los expedientes de «modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales», disponiendo que una vez presentada la solicitud de declaración del concurso conocerá de ellas el juez de lo mercantil.

La doctrina entiende que «pese a la dicción descuidada y arbitraria del precepto, hay que entender que se refiere a la modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo» en congruencia con lo dispuesto en el artículo 8.º 2 de la LC<sup>32</sup>.

No debemos olvidar que el artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores (ET) prevé el ejercicio de acciones individuales, y conforme a lo dispuesto en el artículo 64.10 de la LC tendrán «la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso» los límites que dispone el precepto, que son para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, 10; plantilla de 100 a 300, el 10 por 100 de los trabajadores; plantilla de más de 300 trabajadores, el 25 por 100 de los mismos.

<sup>31</sup> MERCADER, J. y ALAMEDA, M.T., «Contratos de trabajo», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (Coord.), *Comentario de la Ley Concursal*, Ed. Thomson-Civitas, 2004, pág. 1.194.

<sup>32</sup> RÍOS SALMERÓN, B. «La Ley Concursal y los trabajadores por cuenta ajena», en *Revista Jurídica de Catalunya, Llei Concursal*, Número Monográfico, 2004. Ed. Il·lustre Col·legi d'advocats de Barcelona, Academia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, pág. 131 y ss.

En lo no previsto en el artículo 64 de la LC se aplicará la legislación laboral (art. 64.11 LC).

- **Solicitud de modificación.**

La legitimación para solicitar la modificación sustancial de dichas condiciones corresponde a la administración concursal, el deudor, o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales (art. 64.2 LC).

Por otro lado, conforme a lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 64 de la LC dicha solicitud solamente se podrá realizar «una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el Capítulo I del Título IV de esta ley, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso»

Este precepto se está refiriendo al informe regulado en los artículos 74 y siguientes de la LC y cuya estructura se fija en el artículo 75 que dispone que contendrá el análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria, el estado de la contabilidad del deudor, memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal. El plazo para presentar dicho informe es de dos meses contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de los administradores conforme al artículo 74 de la LC.

El apartado cuarto del artículo 64 añade que «(1)ª solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con estas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación» (art. 64.4 LC).

Recibida la solicitud, el juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un periodo de consultas.

En el caso de que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes de los trabajadores del inicio de este periodo de consultas deberá incluir «copia de la solicitud prevista en el apartado 4 de este artículo y de los documentos que en su caso se acompañen». La duración del periodo no podrá ser superior a 15 días naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de 50 trabajadores, y a 30 días en el resto. Además, si la medida afecta a empresas de más de 50 trabajadores, se debe acompañar a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo (art. 64.5 LC).

Durante el periodo de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal están llamados a negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requiere la conformidad de la mayoría de miembros del comité o comités de empresa, de los delega-

dos de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hay, siempre que representen a la mayoría de aquellos (art. 64.6 LC).

En el momento en que se consiga un acuerdo, o bien, cuando finalice el plazo señalado si no hay acuerdo aún, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado de las consultas. El juez, una vez reciba dicha comunicación, pedirá un informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado. Recibido el informe, o transcurrido el plazo de 15 días, se seguirá el curso de las actuaciones (art. 64.6 LC).

El juez dispone de un plazo de cinco días para resolver mediante auto, sobre las medidas propuestas, aceptando, si existe, el acuerdo alcanzado, salvo que aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del mismo, en cuyo caso, determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral. En el caso de que no haya acuerdo resolverá conforme a la legislación laboral. El auto del juez del concurso, si acuerda la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo (art. 64.7 LC).

De acuerdo a lo dispuesto en el apartado octavo del artículo 64, contra el auto «cabrá la interposición de recurso de suplicación, así como del resto de recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales».

Además, «las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación».

Cuando el auto acuerde una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el artículo 41 del ET (cambio en la jornada y horario de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, de trabajo y rendimiento y lo relativo a funciones que exceden de los límites que para la modificación funcional señala el art. 39 ET) el derecho de rescisión previsto en el artículo 41 con la indemnización quedarán en suspenso durante la tramitación del concurso con un límite máximo de un año. Cuando el auto acuerde un traslado colectivo que suponga una auténtica movilidad geográfica, el derecho de rescisión quedará en suspensión durante la tramitación del concurso. Se establece un límite máximo doce meses para la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión. (art. 64.6 LC).

A estos efectos se entiende que un traslado supone una auténtica movilidad geográfica cuando el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de este, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el 25 por 100 de la duración de la jornada diaria laboral (art. 64.9, segundo).

### 3.3. Contratos de alta dirección.

El personal de alta dirección son trabajadores que mantienen una relación laboral de carácter especial.

El artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985 por el que se regulan los contratos de alta dirección establece que se «considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitados por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad».

FERNÁNDEZ RUIZ los ha definido como el *alter ego* del empresario<sup>33</sup>. Para MERCADER y ALAMEDA se trata de una relación laboral que «se asienta en una relación de mutua confianza entre las partes»<sup>34</sup>.

Y la jurisprudencia ha venido a caracterizar el contrato de alta dirección con *tres rasgos*<sup>35</sup>:

1. Ostentar poderes que confieren facultades propias de titularidad jurídica de la empresa.
2. Coincidir el trabajo contratado con los objetivos propios de la empresa.
3. Y estar solamente subordinados a los órganos de gobierno de la misma<sup>36</sup>.

Efectivamente, el hecho de que estemos ante un trabajador de alta dirección supone que apliquemos una normativa especial, la prevista en el Real Decreto 1382/1985, que es la regulación básica. Las normas laborales si el reglamento remite expresamente a ellas o si se hace constar específicamente en el contrato, tal y como dispone el artículo 3.2 del Real Decreto 1382/1985.

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ RUIZ, J.L. en «Artículo 65. Contratos de alta dirección», en AA.VV., PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDEMSA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (Dir.), *op. cit.*, pág. 742.

<sup>34</sup> MERCADER, J. y ALAMEDA, M.T., *op. cit.*, pág. 1.231.

<sup>35</sup> Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia de 11 de febrero de 2003, La Ley Juris: 2102/2003. En la misma sentencia se viene a decir que la jurisprudencia ya ha establecido reiteradamente que el contrato de alta dirección «se define en el artículo 1.º 2 del Real Decreto 1382/1985 por el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios o instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad» y también por el Supremo como «caracterizada, en el apartado segundo del artículo 1 del Real Decreto 1382/1985, por ser el trabajo que desempeñan los que ostentan la titularidad jurídica de la empresa referente a los objetivos generales de la misma y con autonomía y plena responsabilidad que solo se encuentran limitados por las órdenes de los órganos de gobierno de la empresa».

<sup>36</sup> CASANELLAS BASSOLS habla de «Autonomía y plena responsabilidad» entendiéndolo que la autonomía «excluye la recepción de instrucciones de órganos directivos, aparte de las de los que ostentan la titularidad jurídica de la empresa (consejo de administración o administradores). CASANELLAS BASSOLS, R., «La actuación de la Administración Concursal ante el personal de alta dirección», en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir), *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2006, núm. 4, pág. 270.

El artículo 65 de la LC regula la suspensión y extinción del contrato de alta dirección en el concurso, atribuyendo a la administración concursal, durante la tramitación del concurso, la potestad de extinguir o suspender los contratos de alta dirección, ya sea por propia iniciativa o a instancia del deudor (art. 65.1 LC).

Debido a la especial naturaleza de esta relación laboral, en los contratos de alta dirección sobre la base del principio de mutua confianza entre las partes, las posibilidades de extinción son mucho más amplias que en el régimen laboral general. Y esta es la idea que recoge la LC.

En efecto, a diferencia de los contratos de trabajo comunes (art. 64) e incluso del resto de contratos (art. 61) aquí no es necesaria la autorización judicial.

Sin embargo, SOSPEDRA NAVAS considera que es uno de los supuestos en que «aparece como conveniente la utilización de la vía de la autorización judicial del artículo 188.1 de la LC, lo que simultáneamente puede servir para solicitar al juez que modere la indemnización pactada como contempla el artículo 65.3 de la LC»<sup>37</sup>.

MERCADER y ALAMEDA entienden que la administración concursal «adoptará la decisión suspensiva o extintiva, sin perjuicio del derecho a indemnización y de la posible revisión judicial de la medida»<sup>38</sup> pudiendo el alto cargo reclamar contra la decisión a través de la vía del incidente concursal en materia laboral (art. 195 LC).

El directivo tiene derecho a las indemnizaciones que se hubieran pactado en el contrato, y a falta de pacto a una indemnización equivalente a siete días de salario por año de servicio con el límite de seis mensualidades (art. 10.1 RD 1382/1985).

Y conforme al artículo 11 del Real Decreto 1382/1985 si no hubiera mediado el preaviso de tres meses, el alto directivo tiene derecho también a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del periodo incumplido<sup>39</sup>.

El juez del concurso podrá «moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo»<sup>40</sup>. El límite sería de los 20 días por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores al año con el máximo de 12 mensualidades (art. 51.8 ET).

<sup>37</sup> SOSPEDRA NAVAS, F.J., en SOSPEDRA NAVAS, F.J. y otros, *Práctica del Proceso Civil*, T. 1, vol. IV, Ed. Thomson-Civitas pág. 490.

<sup>38</sup> MERCADER, J. y ALAMEDA, M.T., *op. cit.*, pág. 1.232.

<sup>39</sup> *Vid.* ROMERO SANZ DE MADRID, C. *Derecho Concursal*, Thomson Civitas, pág. 143.

<sup>40</sup> Artículo 65.5 de la LC.

FERNÁNDEZ RUIZ ha apuntado que con esta previsión de moderación por parte del juez «no juega el posible *contrato blindado* entre el empresario concursado y el alto directivo»<sup>41</sup>.

El apartado segundo del artículo 65 dispone que en el caso de suspensión, el contrato podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización previsto en el apartado tercero del artículo 65 de la LC.

En principio, la interpretación de este artículo nos induce a pensar que la facultad de resolución la tiene el directivo no siendo necesario acudir al juez. Así MARTÍNEZ GARRIDO considera que la interpretación correcta es que la extinción se produce por voluntad del directivo, sin resolución judicial. El problema de esta interpretación sería que el alto directivo no tendría una resolución judicial para aportar al Fondo de Garantía Salarial, por lo que el autor invita a que en la práctica se acuda al juez<sup>42</sup>.

Este crédito debemos considerarlo como un crédito contra la masa (art. 84.2.5 LC) y, por tanto, deberá satisfacerse con las condiciones establecidas en el artículo 154 de la LC.

El apartado cuarto del artículo 65 establece la posibilidad de que la administración concursal solicite al juez que el pago de esa indemnización se aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación. La doctrina entiende que la solicitud debería realizarse al mismo tiempo que se pone en marcha el incidente concursal para moderar la indemnización, para que el juez se pronuncie sobre ambos extremos<sup>43</sup>.

Respecto del aplazamiento, la doctrina viene argumentando que su base estaría en una especie de cautela por la posible calificación del concurso como culpable (art. 172.2.3 LC) por la posible pérdida de derechos de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices que fueran acreedores concursales o contra la masa<sup>44</sup>.

#### *Recursos del alto directivo:*

Cabe la posibilidad de que el alto directivo recurra la decisión de la administración concursal por la vía del incidente concursal, y contra la sentencia resolutoria de tal incidente podría interponer recurso de suplicación. También serían recurribles en suplicación las sentencias resolutorias de incidentes concursales en materia laboral sobre limitación judicial de las indemnizaciones pactadas<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., *op. cit.*, pág. 743.

<sup>42</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L., en *Comentarios a la Ley Concursal*, Editorial Bosch, 2004, pág. 784, citado en CASANELLAS BASSOLS, R., *op. cit.*, pág. 275.

<sup>43</sup> MERCADER, J. y ALAMEDA, M.T., *op. cit.*, pág. 1.233.

<sup>44</sup> MERCADER, J. y ALAMEDA, M.T., *op. cit.*, pág. 1.234; CASANELLAS BASSOLS, R., *op. cit.*, pág. 276, y SOSPEDRA NAVAS, F.J. y otros., *op. cit.*, pág. 491.

<sup>45</sup> MERCADER, J. y ALAMEDA, M.T., *op. cit.*, pág. 1.234.

## Convenios colectivos

Siguiendo con el principio general de vigencia, la declaración de concurso no afectará a los convenios colectivos.

La LC en su artículo 66 en concordancia con el artículo 8 de la LC establece que «la modificación de las condiciones establecidas en los convenios regulados en el Título III del ET solo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores».

Como indican MERCADER y ALAMEDA en este artículo la LC se refiere solamente a los convenios colectivos del Título III del ET mientras que en el artículo 8 de la misma ley, y en el artículo 86.ter 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) parece exigirse el acuerdo para toda modificación de las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable. Se viene a argumentar que de esa interpretación amplia resultaría que el acuerdo sería necesario siempre para las modificaciones de los convenios dentro del concurso, cosa que no ocurre fuera, y que, por tanto, sería más correcta una interpretación estricta, y que el artículo 66 sería preciso en este sentido <sup>46</sup>.

Los requisitos que establece el artículo 66 para la modificación de las condiciones establecidas en los convenios estatutarios son dos:

- a) Que se trate de materias en las que sea admisible la modificación con arreglo a la legislación laboral.

Estas materias son, según el artículo 41.2 del ET en relación con los apartados b), c), d) y e) del artículo 41.1, el horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento. Así, quedarían fuera de modificación por esta vía las condiciones relativas a jornada (entendida como la determinación del tiempo de trabajo) y funciones <sup>47</sup>.

- b) Acuerdo de los representantes de los trabajadores.

Este requisito se exige también en el ET, en el artículo 41.2.III, segundo inciso.

La falta de este requisito determina la nulidad, tal y como indica la jurisprudencia (STS de 11 de mayo de 1999) <sup>48</sup>.

Los trabajadores afectados podrían impugnar la modificación en lo que afecte a la relación jurídica individual por la vía del incidente concursal (art. 64.8.II LC).

<sup>46</sup> MERCADER, J. y ALAMEDA, M.T., *op. cit.*, pág. 1.236.

<sup>47</sup> MERCADER, J. y ALAMEDA, M.T., *op. cit.*, pág. 1.237.

<sup>48</sup> Citada en MERCADER, J. y ALAMEDA, M.T., *op. cit.*, pág. 1.237.

Sin embargo, CORDÓN MORENO mantiene que hubiera sido suficiente con una remisión a la legislación laboral, ya que «se limita a reproducir el artículo 41.2, apartado 3.º del ET (...) por lo que el mismo resulta inútil como norma autónoma»<sup>49</sup>.

Por eso se plantean varias cuestiones:

1. Procedimiento para llegar al acuerdo. El silencio de la ley, hace que se plantee si el procedimiento debe ser el previsto en el artículo 64 de la LC, que sería la interpretación de MAGRO SERVET<sup>50</sup>. O bien se debe acudir a la legislación laboral (arts. 41.2, 87 y 89 ET).
2. Quién está legitimado para llegar a un acuerdo con los representantes de los trabajadores. Ante el silencio de la ley, lo lógico es pensar que será la administración concursal y el empresario junto con los representantes de los trabajadores<sup>51</sup>. Así lo considera FERNÁNDEZ RUIZ<sup>52</sup>.

DURÁN LÓPEZ entiende que el acuerdo «ha de producirse entre el empresario y los representantes de los trabajadores. Hay que interpretar que se trata de los representantes de los trabajadores en la empresa, cualquiera que sea el ámbito del convenio colectivo que se va a dejar sin vigencia».

Otros autores consideran que lo que se requiere es «el acuerdo de los representantes de los trabajadores» en sentido literal<sup>53</sup>.

#### 4. CONTRATOS CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El artículo 67 de la LC se refiere a los contratos celebrados por el deudor con Administraciones públicas, diferenciando dos supuestos:

- a) Los **contratos de carácter administrativo** celebrados con Administraciones públicas: los efectos del concurso se regirán por lo establecido en la legislación especial administrativa. (RDLeg. 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el TRLCAP).
- b) Los **contratos de carácter privado** celebrados con Administraciones públicas: se regirán en cuanto a sus efectos y extinción por la LC (arts. 61 y ss. LC).

<sup>49</sup> CORDÓN MORENO, F., *Proceso Concursal*, 2.ª edición, Thomson-Aranzadi, 2005, pág. 141.

<sup>50</sup> MAGRO SERVET, V., *op. cit.*, pág. 774.

<sup>51</sup> DURÁN LÓPEZ, F., «Los efectos del concurso en las relaciones laborales», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, t. III, pág. 2.698.

<sup>52</sup> FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., *op. cit.*, pág. 745.

<sup>53</sup> MAGRO SERVET, V., «Artículo 66. Convenios colectivos», GALLEGO SÁNCHEZ, E. (Coord.), *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Ed. La Ley, 2005, pág. 774.

La distinción de los contratos de carácter público o privado la encontramos en el artículo 5 del Real Decreto Legislativo 2/2000, que dispone en su apartado segundo que son **contratos administrativos**<sup>54</sup>:

- a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculo.
- b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley.

MAGRO SERVET señala como contratos administrativos tipo «el contrato de obra que se regula en los artículo 118 y siguientes del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (...), el contrato de gestión de servicios públicos regulado en los artículos 180 y siguientes del citado reglamento, el contrato de suministro (arts. 187 y ss.), el contrato de consultoría y asistencia y el de servicios (arts. 195 y ss.), todos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».

Según el apartado tercero del artículo 5, el resto de los contratos «celebrados por la Administración tendrán la consideración de **contratos privados** y, en particular; los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos».

Encontramos una tercera categoría de contratos en el artículo 6, que regula los llamados **contratos mixtos** disponiendo que «cuando un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase se atenderá, para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico».

#### *Régimen jurídico:*

**Contratos de carácter público:** conforme al artículo 67.1 de la LC, se aplicará la legislación especial específica. Y el Real Decreto Legislativo dispone en el artículo 7.1 que «los contratos admi-

<sup>54</sup> MAGRO SERVET, V., «Artículo 67. Contratos con Administraciones públicas», en GALLEGO SÁNCHEZ, E. (Coord), *op. cit.*, pág. 789.

nistrativos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, los contratos administrativos especiales, que se definen en el artículo 5.º 2, letra b), se regirán por sus propias normas con carácter preferente».

Y de acuerdo al apartado segundo de dicho artículo 7, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo «será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos administrativos».

Hay que añadir que el artículo 50.2 de la LC establece que «(l)os jueces o tribunales de los órdenes contencioso-administrativo, social o penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase».

Respecto de los **contratos privados**, ya hemos comentado que habrá que aplicar el régimen previsto en la LC, es decir, el régimen de los artículos 61 y siguientes de la LC respecto de «sus efectos y extinción». Ello supone que en cuanto a la preparación y adjudicación de los mismos se aplicarán las normas administrativas (art. 9 LCAP).

El orden jurisdiccional competente para conocer de las controversias entre las partes será el civil (art. 9.3 RDLeg. 2/2000) y, en concreto, el juez de lo mercantil del concurso (arts. 67.2, 61 y 62). Pero como dice MARTÍN REBOLLO, respecto de las impugnaciones que se planteen en relación con los actos de preparación y adjudicación será competente el orden contencioso-administrativo, en la medida en que dichos actos «se consideran actos "separables", esto es, se admite la existencia de un núcleo público desgajable del contrato privado; núcleo público sometido a las reglas del Derecho Público y del que, por eso, conoce, en su caso, la jurisdicción contencioso-administrativa»<sup>55</sup>.

## 5. REHABILITACIÓN DE CONTRATOS

Siguiendo con la lógica del principio de mantenimiento de la actividad profesional o empresarial del artículo 44 de la LC y del mantenimiento de la vigencia de los contratos (art. 61 y ss. LC) los artículos 68 a 70 de la LC regulan la posibilidad de la rehabilitación de determinados contratos que se habían extinguido debido a un incumplimiento del deudor inmerso en una situación de crisis.

Efectivamente, en la Exposición de Motivos de la ley se especifica que «en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración

<sup>55</sup> MARTÍN REBOLLO, L. «Artículo 67. Contratos con Administraciones públicas», en AA.VV., PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G. (Dir.), *op. cit.*, pág. 749.

judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento»<sup>56</sup>.

Los artículos 68 y 69 de la LC se ocupan de regular la posibilidad de rehabilitación de los contratos de préstamo, crédito y de adquisición de bienes con precio aplazado. Finalmente, el artículo 70 de la LC regula la posibilidad de enervar la acción de desahucio o de rehabilitar el contrato de arrendamiento urbano.

### 5.1. Contratos de préstamo y crédito.

Conforme al artículo 68.1 de la LC, «La administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar los contratos de préstamo y demás de crédito a favor de este cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al acreedor, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa».

De este precepto podemos deducir que la administración concursal tiene la posibilidad de rehabilitar los contratos de financiación, justificándose en el principio de mantenimiento de la actividad profesional o económica, ya que lo normal es que sea necesario mantener una financiación para continuar con la actividad. La rehabilitación de estos contratos será posible, por parte de la administración concursal, ya sea por propia iniciativa o a instancia del concursado cuando:

1. El vencimiento anticipado por impago se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso<sup>57</sup>.

GADEA SOLER entiende que se debe tratar de contratos de financiación en los que conforme con lo pactado haya tenido lugar el vencimiento anticipado de la totalidad de la deuda como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de pago de cuotas de amortización o intereses devengados.

2. Que la administración concursal, antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al acreedor, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> Exposición de Motivos, III, par. 15.

<sup>57</sup> GADEA SOLER, E. «Artículo 68. Rehabilitación de créditos», en AA.VV., PULGAR EZQUERRA y otros (Dir), *op. cit.*, pág. 751 y ss.

<sup>58</sup> Conforme a lo dispuesto en el artículo 154.2 de la LC «Los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso».

En este segundo caso estamos hablando del plazo previsto en el artículo 85 con relación al artículo 21.1.5.º de la LC, es decir, en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones que con carácter obligatorio sean acordadas en el auto de declaración de concurso.

El apartado segundo del artículo 68 dispone que «No procederá la rehabilitación cuando el acreedor se oponga y con anterioridad a la apertura del concurso, hubiese iniciado el ejercicio de las acciones en reclamación del pago contra el propio deudor, contra algún codeudor solidario o contra cualquier garante».

GADEA SOLER comenta que la ley no se refiere de forma específica a los motivos de oposición, pero que hay que entender que el acreedor puede oponerse a la rehabilitación si entiende que no se cumplen los requisitos establecidos. En caso de oposición, la administración concursal promoverá un incidente concursal (art. 192.1 LC) donde podrá intervenir cualquier persona comparecida en forma en el concurso que se oponga a la rehabilitación (art. 193.2 LC). Y el juez aprobará o no la rehabilitación, en base a la comprobación o no del cumplimiento de los requisitos y del interés del concurso, pero teniendo en cuenta de que si hay oposición y el acreedor ha cumplido lo dispuesto en el artículo 68.2 de la LC no procederá la rehabilitación <sup>59</sup>.

En cuanto a los efectos de la rehabilitación debemos entender que el contrato vuelve a su vigencia, recuperando el deudor el beneficio del plazo y el acreedor que ya ha recibido las cantidades adeudadas tendrá derecho a que se le abonen íntegramente con cargo a la masa las cuotas sucesivas en la fecha de vencimiento.

## 5.2. Contratos de adquisición de bienes con precio aplazado.

La LC prevé también la rehabilitación de los contratos de adquisición de bienes con precio aplazado disponiendo en el artículo 69.1 que «(1) la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado cuya resolución se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al transmitente, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas en el momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa. El incumplimiento del contrato que hubiera sido rehabilitado conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación».

De este precepto se deducen los siguientes requisitos:

<sup>59</sup> GADEA SOLER, E., *op. cit.*, pág. 753.

1. Que la resolución se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso.
2. Que antes de que finalice el plazo para la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al transmitente, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas en el momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa.

Respecto de este segundo requisito a la hora de determinar el plazo al que alude para la comunicación de créditos, debemos acudir al artículo 85.1 de la LC que remite al plazo señalado en el artículo 21.1.5.º para la comunicación de los créditos por parte de los acreedores a la administración concursal. Dicho plazo sería de un mes desde la última de las publicaciones acordadas en el auto. Y ese sería el plazo de los acreedores para comunicar sus créditos a la administración concursal, y también el plazo de que dispone el deudor para notificar la rehabilitación, satisfacer o consignar la totalidad de las cantidades debidas y asumir los pagos futuros con cargo a la masa.

MAGRO SERVET se ha planteado si existe posibilidad de oposición por parte del transmitente a la rehabilitación <sup>60</sup>.

El apartado segundo del artículo 69 parece dejarlo claro al establecer que «el transmitente podrá oponerse a la rehabilitación cuando, con anterioridad a la declaración de concurso, hubiese iniciado el ejercicio de las acciones de resolución del contrato o de restitución del bien transmitido, o cuando, con la misma antelación, hubiese recuperado la posesión material del bien por cauces legítimos y devuelto o consignado en lo procedente la contraprestación recibida o hubiese realizado actos dispositivos sobre el mismo a favor de tercero, lo que habrá de acreditar suficientemente si no constare a la administración concursal».

Por tanto, cabe la oposición del transmitente a la rehabilitación, pero dicha oposición tiene que cumplir con una de estas dos condiciones o presupuestos:

- a) Que con anterioridad a la declaración de concurso, el transmitente hubiese iniciado el ejercicio de las acciones de resolución del contrato o de restitución del bien transmitido <sup>61</sup>.

Los conceptos de las acciones vienen definidos por la doctrina. La acción de resolución del contrato es una acción declarativa de condena basada en la falta de prestación que busca la declaración de extinción del contrato por resolución, o bien la condena a la contraparte a la restitución del bien objeto de prestación o pago del equivalente. Se puede ejercitar a través del proceso declarativo, ordinario o verbal, según la cuantía, o a través del procedimiento arbitral. En cuanto a la otra acción, MADRAZO la define del siguiente modo: «La acción de recuperación de bienes es una acción decla-

<sup>60</sup> MAGRO SERVET, V., «Artículo 69. Rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado», En GALLEGO SÁNCHEZ, E., *op. cit.*, pág. 803 y ss.

<sup>61</sup> MADRAZO, J., «Artículo 69. Rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado», En ÁNGEL ROJO y otros, *op. cit.*, pág. 1.274 y ss.

rativa de condena prevista en favor del vendedor, financiador o arrendador financiero, respecto de los contratos de venta a plazos con reserva de dominio y arrendamiento financiero, siempre que en ambos casos estén inscritos en el Registro de Bienes Muebles y extendidos en el modelo oficial aprobado al efecto».

En este caso, el demandante pretende sobre la base del incumplimiento contractual la inmediata entrega del bien, previa declaración de resolución. Se sustancia a través del juicio verbal con ciertas particularidades (arts. 439.4 y 441.4 LEC). Se trata de un proceso sumario con sentencia carente de efectos de cosa juzgada.

b) Que con anterioridad a la declaración de concurso, el transmitente hubiese recuperado la posesión material del bien por cauces legítimos y hubiese devuelto o hubiese consignado en lo procedente la contraprestación recibida.

Aquí hablamos de dos condiciones. En primer lugar, que él hubiera recuperado la posesión material del bien por cauces legítimos, y, en segundo lugar, hubiera devuelto o consignado en lo procedente la prestación recibida. Todo ello antes de la declaración de concurso.

La posesión material, entiende MADRAZO, se produce siempre que el bien vendido quede sujeto a la acción del transmitente, y en concreto mediante su aprehensión material, según el artículo 438 del CC. El precepto parece referirse a los supuestos en que aunque se haya entregado el bien, no se ha producido aún la transmisión de la propiedad, por lo que el transmitente conservaría la posesión mediata conforme a lo dispuesto en el artículo 432 del CC. Entiende también MADRAZO, que las únicas vías legítimas de recuperación serían la ejecución judicial y la entrega voluntaria del bien <sup>62</sup>.

Respecto de la devolución o consignación de la prestación, la duda se plantea en cuanto que el artículo dice «en lo procedente».

Entiende MADRAZO que sería la suma nominal de moneda recibida, sin el interés ante el incumplimiento resolutorio del adquirente en base a los artículos 1.123 y 1.124 del CC; *a sensu contrario*, artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del CC. Habría excepciones, de origen legal o convencional a esta regla: en los contratos de venta a plazos de bienes muebles sujetos a legislación especial, habría una indemnización del 10 por 100 de los plazos vencidos así como una cantidad igual al desembolso inicial, en su caso por la depreciación comercial (art. 10.1 LVBMP) <sup>63</sup>.

Además, convencionalmente, mediante pacto o cláusula penal, se puede pactar que el transmitente se quede con todo o parte de las cantidades satisfechas por el adquirente, siempre que en caso de intervención del consumidor no resultara abusivo conforme a lo dispuesto en el artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

<sup>62</sup> MADRAZO, J., «Artículo 69. Rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado», En ÁNGEL ROJO y otros, *op. cit.*, pág. 1.274 y ss..

<sup>63</sup> Ídem.

En cualquier caso, el comiso o la pena estarían, conforme al artículo 1.154 del CC sujetos a moderación de la autoridad judicial.

c) Que hubiese realizado actos dispositivos sobre el mismo a favor de tercero.

Aquí, debemos entender que si se han realizado actos dispositivos es porque aún era propietario del bien y, por tanto, la propiedad del mismo aún no se había transmitido (por ejemplo, en los supuestos de aplazamiento de pago del precio y de entrega del bien) o que si se había transmitido la había recuperado.

Además, el artículo 69.2 *in fine* exige una acreditación suficiente ante la administración concursal de que se cumple uno de estos presupuestos.

Así pues, si el transmitente no ha ejercido ninguna de estas acciones, su oposición a la rehabilitación sería ineficaz.

Finalmente, el apartado primero del artículo 69 de la LC en su última parte especifica que el incumplimiento del contrato rehabilitado, conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de una posterior rehabilitación.

### 5.3. Arrendamientos urbanos.

En el caso de los arrendamientos urbanos, la LC otorga a la administración concursal dos posibilidades distintas. Algún autor ha dicho que tal vez en este artículo 70 «se contiene la norma de todo este Capítulo III más comprometida con la continuidad de la actividad del deudor, dado que la desposesión al deudor durante el concurso de los inmuebles arrendados en los que desarrolla su actividad productiva puede significar la definitiva extinción de esa actividad y, por consiguiente, abocarlo a la liquidación de su patrimonio». Así pues, «la enervación del desahucio y la rehabilitación del contrato locativo del artículo 70 de la LC son los únicos medios para garantizar la vigencia del arrendamiento sobre el bien inmueble, aunque la pretensión resolutoria por no atender el concursado al pago de la renta se hubiera instado legítimamente».

Efectivamente, el artículo 70 de la LC atribuye a la administración concursal la posibilidad de «enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento».

Estamos hablando de dos opciones distintas que pretenden una misma finalidad, pero que tienen una funcionalidad diferente. En ambos supuestos se ha ejercido una acción de desahucio, que pretende recuperar la plena posesión de un inmueble cedido en arrendamiento o en precario al deudor.

dor, basada en impago de la renta y se sustancia a través de los trámites del juicio verbal (art. 250.1.1 LEC).

Ahora bien, la diferencia estriba en que si bien tanto una como otra pretenden mantener la posesión del bien inmueble objeto de desahucio, en la enervación, aún no hay sentencia, mientras que la rehabilitación precisa de una previa sentencia, no ejecutada, estimatoria de la acción de desahucio, ya que la facultad de enervar no puede ser ejercitada una vez dictada la resolución judicial.

La doctrina se ha planteado el tema de la competencia de la acción de desahucio planteada por el arrendador.

Si la acción de desahucio se interpuso con posterioridad a la declaración del concurso, al no estar en uno de los supuestos del artículo 8.º de la LC, la competencia no correspondería al juez del concurso y por tanto el juez civil no se abstendrá de su conocimiento (art. 50.1 en relación con el art. 8.º LC). Más dudoso es el supuesto en el que la acción de desahucio se interpone con anterioridad a la declaración del concurso, en la medida que se plantea la cuestión de si estamos en uno de los supuestos en que el juez del concurso debería acumular el conocimiento de la acción conforme al artículo 51.1 de la LC. Para MAGRO SERVET la solución la da el artículo 51.1 al remitirse al artículo 8.º de la LC, y que al no tratarse de acciones civiles que afecten al patrimonio del concursado, no debería asumir su conocimiento por acumulación el juez del concurso <sup>64</sup>.

El llamado instituto de la enervación del desahucio se ha previsto en la LEC (art. 22.4) para los supuestos en que el desahucio se base en el impago de la renta o cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario, o el impago de cantidades asimiladas a la renta. Como medio excepcional de tutela. MADRAZO define la enervación como «una facultad del arrendatario (o subarrendatario) cuyo ejercicio presupone la apertura del proceso y cuyos efectos se proyectan tanto en este como en el ámbito sustantivo». Y en su virtud la acción de desahucio deviene ineficaz <sup>65</sup>.

Junto a esta facultad, la administración concursal posee también la posibilidad de optar por rehabilitar el contrato. De esta forma, la LC como indica MADRAZO «ampara la rehabilitación del contrato declarado resuelto por sentencia firme y, en definitiva, y aun cuando la misma carezca de efectos de cosa juzgada, dejarla sin efecto» <sup>66</sup>.

El artículo 70 *in fine* establece que no son de aplicación «en estos casos la limitación que establece el último párrafo del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)».

<sup>64</sup> MAGRO SERVET, V., «Artículo 70. Enervación del desahucio en arrendamientos urbanos», en GALLEGO SÁNCHEZ, E., *op. cit.*, pág. 807 y ss.

<sup>65</sup> MADRAZO, J. «Artículo 70. Enervación del desahucio en arrendamientos urbanos». En AA.VV., PULGAR EZQUERRA, J. y otros (Dir.), *op. cit.*, pág. 1.285 y ss.

<sup>66</sup> MADRAZO, J., *op. cit.*, pág. 1.287.

Dicha limitación se prevé para evitar un uso abusivo de la enervación, permitiendo enervar la acción una sola vez respecto de idéntica relación contractual y estableciendo como condición que el arrendador no hubiese requerido de pago al arrendatario, por cualquier medio fehaciente, con al menos dos meses de antelación a la presentación de la demanda, salvo que el pago se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación (art. 22.4 *in fine* LEC).

Pero hay que advertir que la doctrina considera que esta excepción del artículo 70 de la LC no sería aplicable para las acciones de desahucio que se interpusieran con posterioridad a la declaración del concurso, jugando pues entonces los límites de la LEC <sup>67</sup>.

Después el artículo 70 de la LC también dispone que en tales supuestos (tanto en caso de enervación como de rehabilitación) «deberán pagarse con cargo a la masa todas las rentas y conceptos pendientes, así como las posibles costas procesales causadas hasta ese momento».

En cuanto a los efectos, la enervación subsana la causa de resolución del contrato y, por tanto, el contrato permanece vigente. La rehabilitación recupera la vigencia del contrato y su eficacia en los términos concurrentes en el momento de la resolución.

De nuevo MADRAZO nos indica que los créditos por las cantidades debidas y los correspondientes a vencimientos futuros tendrán la consideración de créditos contra la masa conforme a lo dispuesto en los artículos 84.2.7 y 154 de la LC <sup>68</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

Decíamos en la Introducción que conocer el régimen jurídico aplicable a los contratos en el procedimiento concursal había adquirido una gran relevancia sobre todo con ocasión de la actual situación económica.

A lo largo de este pequeño trabajo de investigación hemos tratado de hacer un esbozo de este régimen jurídico, apuntando las cuestiones que ha planteado la doctrina respecto a problemas de interpretación que ha dejado abiertos la LC.

Consideramos que el trabajo consigue sus propósitos iniciales, y puede ser considerado como un comienzo en el necesario camino hacia un estudio en profundidad del Derecho contractual concursal.

<sup>67</sup> MADRAZO, J., *op. cit.*, pág. 1.287.

<sup>68</sup> MADRAZO, J., *op. cit.*, pág. 1.293.

Hemos puesto de manifiesto que la LC, con todas las ventajas que conlleva unificar en un texto doctrinal, no aporta soluciones a todos los casos problemáticos que se pueden plantear en la vida práctica, máxime cuando en algunas ocasiones reenvía a Ley de Contratos Públicos, que, por cierto, pronto habrá cambiado y a una jurisdicción diferente al juez de lo mercantil.

También hemos destacado su originalidad y agudeza a la hora de dejar atrás algunos principios de la antigua legislación concursal, pero también los problemas que esto puede plantear en la regulación casuística que se ha hecho de los contratos.

No queremos dejar de señalar que el actual escenario requiere de un estudio en profundidad sobre este régimen jurídico contractual que aborde no solo los aspectos problemáticos que ha encontrado la doctrina, sino también las soluciones prácticas que han terminado por adoptar los jueces de lo mercantil. Esperemos que pronto se lleve a cabo este estudio jurisprudencial del Derecho contractual concursal, que sin duda será interesante para los concursualistas, y que necesariamente deberá ser abordado con una sólida formación no solo en Derecho mercantil sino también en Derecho civil, lo que refleja la singularidad que comienza a adquirir el Derecho concursal como disciplina jurídica, y que es más significativa en lo concerniente al Derecho contractual, que incluso se introduce en el laberinto del Derecho administrativo como hemos puesto de manifiesto al tratar el artículo 67 de la LC.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Comentarios a la legislación concursal (Leyes 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, dir. por J. PULGAR EZQUERRA, C. ALONSO LEDESMA, A. ALONSO UREBA y G. ALCOCER GARAU, 2 Tomos, Madrid, 2004.
- *Comentario de la Ley Concursal*, dir. por A. ROJO y E. BELTRÁN, 2 Tomos, Madrid, 2004.
- «La nueva Ley Concursal», dir. por M. OLIVENCIA RUIZ, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 59, Madrid, 2005.
- *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, coord. por E. GALLEGO SÁNCHEZ, 2 Tomos, Madrid, 2005.
- BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de Derecho Mercantil*, 12.<sup>a</sup> edición, Vol. II, Tecnos.
- CASANELLAS BASSOLS, R., «La actuación de la Administración Concursal ante el personal de alta dirección», en PULGAR EZQUERRA, J (Dir) *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2006, núm. 4. págs. 269-278.
- CLAVERO, M., «Efectos de la insolvencia del astillero sobre el contrato de construcción de buque», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, t. III pág. 2.573 y ss.
- CORDÓN MORENO, F. *Proceso Concursal*, 2.<sup>a</sup> edición, Thomson-Aranzadi, 2005.

- DE LA CUESTA RUTE, J.M. Y CARABANTE MUNTADA, J.M., «Efectos de la declaración del concurso», *Gaceta de los Negocios* (Separata de 30 de julio de 2003).
- DURÁN LÓPEZ, F., «Los efectos del concurso en las relaciones laborales», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, t. III, pág. 2.683 y ss.
- GÓMEZ MENDOZA, M. «Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales», *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, t. III, pág. 2.787 y ss.
- «Prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2006, núm. 4. págs. 117-136.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I., «Los efectos del concurso en la Ley concursal», *Diario La Ley*, núm. 5.992, Sección Doctrina, 7 de abril de 2004.
- LOBATO, M., «Los contratos de transferencia de tecnología y el concurso», *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, t. III, pág. 2.829 y ss.
- MARCO ALCALÁ, L.A., «La rehabilitación de créditos y de contratos en la nueva Ley Concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, t. III, pág. 2.871 y ss.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «Los efectos del concurso sobre los contratos», CAMPUZANO, A.B. (Coord.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Ed. Thomsom-Civitas, 2004, pág. 1.115 y ss.
- MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas» (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal), *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, t. III, págs. 2.949 y ss.
- «El leasing financiero mobiliario en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir), *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2005, núm. 2, págs. 267-297.
- MAIRATA LAVIÑA, J., «Los efectos del concurso en la Ley Concursal, Derecho Concursal», en AA.VV. ,GARCÍA VILLAVARDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (dirs), *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Dilex.
- MONTOYA MELGAR, A., «Crisis de empresa y contrato de trabajo (panorama tras la Ley Concursal)», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, t. III, pág. 2.975 y ss.
- PIÑEL LÓPEZ, E. «Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa», en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir), *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2005, núm. 2, págs. 27-51.
- PUEBLA (DE LA) PINILLA, M. y RÍOS SALMERÓN, B., «El procedimiento concursal y los contratos de trabajo», en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir), *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2004, núm. 1, págs. 109-130.
- RÍOS SALMERÓN, B. «La Ley Concursal y los trabajadores por cuenta ajena, en Llei Concursal», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2004.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C. «Los efectos de la quiebra en los contratos vinculados de crédito al consumo», AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, t. III, pág. 3.137 y ss.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. *Instituciones de Derecho Mercantil*, v. II, 28.<sup>a</sup> edición, 2005, Thomsom-Aranzadi.

SALELLES, J.R., «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: [consideraciones sobre el régimen establecido por el art. 61 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio)]», *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, t. III, pág. 3.155 y ss.