

ÍNDICE

Fundamentos de Derecho Empresarial (IV) (Civitas)

Fundamentos de Derecho Empresarial (IV) (4ª edición)

Tema 2

DATOS DEL DOCUMENTO

Fundamentos de Derecho Empresarial (IV)

[Borrador para nueva edición, copia de datos de la 4ª edición, de 7 noviembre 2018]

Efectos de la declaración de concurso

Rafael Sebastián Quetglas (autor) |

ÁREA PRINCIPAL

Mercantil

COMENTARIOS:

1. Efectos sobre el deudor

1.1. Facultades patrimoniales

La regla general que enuncia el Texto Refundido de la Ley Concursal es que, en el caso de un concurso voluntario, el deudor conserva sus facultades patrimoniales, es decir su capacidad para decidir sobre cómo se administra su patrimonio y cómo dispone de sus bienes, con una única salvedad: sus decisiones tienen que ser autorizadas («intervenidas» es la expresión que usa la norma) *ex ante* por el administrador concursal. La regla general para el concurso necesario (es decir el solicitado por un acreedor) es la inversa: se suspenden las facultades de administración y disposición del concursado, y las decisiones las adopta el administrador concursal ([artículo 106 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.40] de la [Ley Concursal](#) [RCL\2003\1748])).

Ahora bien: esto es únicamente la regla general, porque el Texto Refundido de la Ley Concursal, con acierto, prevé que bien en el auto declarando el concurso o bien en cualquier otro momento del procedimiento, el juez tiene las más amplias facultades para modificar el régimen legal (artículo [106.3 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.40] de la Ley Concursal). Y existen en todo caso dos facultades, que por ley están reservadas al juez: la enajenación o gravamen de bienes ([artículo 205 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.43] de la Ley Concursal, que establece alguna excepción) y el cierre de establecimientos o empresas ([artículo 114 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.44] de la Ley Concursal).

Si el deudor es una sociedad, los órganos sociales (Junta General, Consejo de Administración) se siguen reuniendo y adoptando decisiones, con la especialidad de que el administrador concursal puede asistir a las reuniones, con voz pero sin voto. Si los acuerdos afectan a las facultades patrimoniales, precisarán de autorización del administrador concursal (si estamos en el régimen de intervención por ser el concurso voluntario) o no podrán ser adoptados por los órganos sociales, sino deberán serlo por

el administrador concursal (si el régimen es el de sustitución por ser el concurso necesario) ([artículo 106 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.40] de la Ley Concursal).

El Texto Refundido de la Ley Concursal aclara que los administradores de la persona jurídica continuarán con la representación de la entidad, con que resulta difícil de conciliar las facultades de intervención o suspensión de la administración concursal (que viene a ser un administrador de hecho) y la representación por su órgano de administración, (especialmente en materia de responsabilidad), ya que el estándar de responsabilidad previsto en el Texto Refundido de la Ley Concursal y en la [Ley de Sociedades de Capital](#) (RCL 2010, 1792 [RCL\2010\1792]) no coincide.

Tanto si la administración concursal interviene las facultades del órgano de administración de la persona jurídica como si la sustituye, las cuentas anuales se aprueban siempre por la Junta General, aunque en el primer caso la formulación la hace el deudor con la intervención del administrador concursal y en el segundo el administrador concursal ([artículo 115 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.46] de la Ley Concursal).

El Texto Refundido de la Ley Concursal establece un régimen específico para el control de las acciones del concursado que no cumplan con las restricciones antes mencionadas. Toda acción que infrinja las limitaciones establecidas puede ser anulada por la administración concursal siempre y cuando esta no la hubiese convalidado o confirmado. En todo caso la acción para anular cualquier acción del concursado caduca con el cumplimiento del convenio, o en caso de liquidación con su finalización.

1.2. Continuidad empresarial

También aquí el Texto Refundido de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748]) establece una regla general. La declaración del concurso no interrumpe la continuidad de la actividad empresarial del deudor. Si el régimen es de intervención, el administrador concursal puede dar al concursado una autorización genérica para facilitar la actividad empresarial, y si es de sustitución será el propio administrador concursal el que tendrá que organizar dicha actividad ([artículo 113 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.44] de la Ley Concursal).

En todo caso el Texto Refundido de la Ley Concursal prevé que, hasta la aceptación del administrador concursal, el concursado podrá realizar los actos propios de giro o tráfico imprescindibles para la continuidad de su actividad.

En todo caso el juez, a solicitud de la administración concursal, puede acordar el cierre de la totalidad o de parte de los establecimientos del deudor cuando fueran inviables, siempre previa audiencia del deudor y los representantes de los trabajadores ([artículo 114 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.44] de la Ley Concursal).

1.3. Intervención de las comunicaciones, deber de residencia

El juez puede decretar la intervención de las comunicaciones del deudor e imponerle el deber de residencia en su domicilio (artículo 1 de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal).

Puede incluso llegar a decretar el arresto domiciliario, si existen razones fundadas para temer que el deudor se puede ausentar. Nótese que estas medidas son adoptadas en el seno del concurso por el juez mercantil –si existieran indicios de que se

ha cometido un delito (por ejemplo, una estafa), el juez penal, en el seno de las investigaciones, podrá adoptar por supuesto otro tipo de medidas (incluida la prisión provisional).

1.4. Administración concursal

En el auto declarando el concurso, el juez tiene que nombrar a la administración concursal, que generalmente estará formada ([artículo 57 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.27] de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748])) por una sola persona (persona física o jurídica) de los inscritos en el Registro Público Concursal.

A los efectos de la designación del administrador concursal se distinguirá entre concursos de tamaño pequeño, mediano o grande, y el juez se podrá saltar el turno del Registro Público Concursal en los de gran tamaño cuando el perfil del administrador escogido se adecue a las características del concurso.

Como excepción, si el concurso afecta a una empresa cotizada en bolsa o una entidad de crédito, el administrador concursal se elige entre los propuestos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores o el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, respectivamente ([artículo 574 del Texto Refundido de la Ley Concursal](#)).

El Texto Refundido de la Ley Concursal permite al juez que para concursos en los que exista una causa de interés público, nombrar a un segundo administrador concursal, bien de oficio o a solicitud de un acreedor de carácter público. En este caso el administrador deberá ser un empleado público con titulación universitaria que desempeñe sus funciones en el ámbito jurídico o económico ([artículo 58 del Texto Refundido de la Ley Concursal](#)).

El Texto Refundido de la Ley Concursal regula con gran detenimiento las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones para el administrador concursal ([artículo 64 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.28] de la Ley Concursal), y establece un régimen de responsabilidad análogo al de los administradores en la sociedad anónima (véase [artículo 94 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.36] de la Ley Concursal, que reproduce casi *verbatim* las reglas de la [Ley de Sociedades de Capital](#) (RCL 2010, 1792 [RCL\2010\1792])).

La retribución de la administración concursal (una cuestión que en la práctica ha dado lugar a muchos abusos) se resuelve mediante un arancel que fijará los emolumentos atendiendo a la cuantía del activo, el carácter ordinario o simplificado del procedimiento, y la complejidad del concurso ([artículo 85 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.34] de la Ley Concursal). Para corregir los abusos que se habían puesto de manifiesto, el Texto Refundido de la Ley Concursal aclara que la cuantía de la retribución de los auxiliares delegados prevista en el [artículo 78 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.31] de la Ley Concursal, lo será a cargo del administrador concursal.

El Texto Refundido de la Ley Concursal presta atención especial a la retribución de la administración concursal y a tal efecto establece (i) que no podrá ser retribuida – salvo casos excepcionales – por encima de la cantidad fijada para el procedimiento, y (ii) si en el concurso no hubiese bienes suficientes, el pago al administrador concursal se efectuará mediante un sistema de aportaciones que deberá dotarse a través de un arancel que depende del Ministerio de Justicia. ([artículo 86.2 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.34] de la Ley Concursal).

Cuando la administración concursal está formada por dos administradores concursales, las decisiones se adoptarán de forma mancomunada, salvo para el ejercicio de aquellas competencias que el juez les atribuya individualmente, que en este caso las podrá ejercer uno por sí solo. Si la administración concursal no se pone de acuerdo con respecto a alguna decisión resuelve el juez del concurso ([artículo 81.1 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.35] de la Ley Concursal).

1.5. Depuración de responsabilidades

Dentro del capítulo de efectos debemos tener en cuenta el de la depuración de responsabilidades en un doble ámbito: (i) la de las acciones de responsabilidad frente a socios y administradores, y (ii) el régimen de calificación del concurso.

El primero de los efectos supone que las acciones contra los socios responsables de las deudas sociales va a corresponder exigir las exclusivamente a la administración concursal. Igualmente corresponde a esta la reclamación del desembolso de las aportaciones sociales cuando hubiesen sido diferidas. Además, hay que señalar que el juez del concurso puede acordar como medida cautelar, el embargo de bienes de los administradores, y de quienes hubiesen tenido esta condición en los últimos dos años, cuando resulte fundada la posibilidad de que la sentencia de calificación del concurso sea de culpabilidad y que las personas responsables sean condenadas a satisfacer el déficit resultante de la liquidación (artículos [131 y 133 del Texto Refundido](#) de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748])).

La segunda consecuencia que se analizará con más detalle en el tema 10, es uno de los efectos más importantes para el deudor. Supone que, en el seno del proceso concursal, se van a depurar sus responsabilidades, a través de lo que se conoce como «calificación del concurso» ([artículos 441](#) [RCL\2003\1748#A.163] y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal). El concurso puede ser calificado como fortuito o culpable, siendo esta calificación exclusivamente a efectos mercantiles, sin que vincule al juez penal.

Para que se abra la sección de calificación se tiene que haber producido alguno de los siguientes supuestos: (i) o la liquidación del deudor concursado, o (ii) el incumplimiento del convenio alcanzado con los acreedores, o (iii) o haberse aprobado un convenio en el que se establezca para todos los acreedores una quita igual o superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera igual o superior a tres años. Sin embargo, si la quita o espera antes mencionada no se aplica a todos los acreedores, no se abrirá la pieza de calificación. Esto implica que si para una clase de acreedores (entendiendo por tales alguna de las establecidas en el [artículo 286 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.94] de la Ley Concursal) se aprueba un convenio con quita inferior a un tercio o espera inferior a tres años, no hay apertura de la pieza de calificación.

¿Cuándo es un concurso culpable? El Texto Refundido de la Ley Concursal da una contestación bastante previsible: cuando haya mediado dolo o culpa grave del deudor, o de sus administradores, en la generación o agravación de la insolvencia (nótese que aquí el estándar exigido por la norma es el de culpa grave, no simple negligencia).

Para facilitar la prueba, el Texto Refundido de la Ley Concursal proporciona una enumeración de supuestos en los que la culpa grave se presupone *iuris et de iure*

(artículo [443 del Texto Refundido](#) de la Ley Concursal) y otra con presunción *iuris tantum* (artículos [444 y 700 del Texto Refundido](#) de la Ley Concursal).

2. Efectos sobre los acreedores

2.1. Integración en la masa pasiva

El primer efecto que la declaración del concurso tiene para los acreedores, es que todos ellos, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedan integrados en la masa pasiva del concurso ([artículo 259 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.49] de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748])). La masa pasiva es un ente jurídico transitorio, sin personalidad jurídica, que funciona a través de un régimen de mayorías, por el cual expresa su voluntad y acepta o rechaza el convenio.

Dentro de la masa pasiva, el principio que impera es el de la *par conditio creditorum* –todos los acreedores deben ser tratados por igual–. Pero, como ya dijo Orwell, aunque todos son iguales, algunos son más iguales que otros: existen acreedores privilegiados que, por razones en general razonables, reciben un tratamiento más favorable.

2.2. Paralización de acciones individuales

Este es un efecto característico del concurso, para garantizar la *par conditio creditorum* y para dar un respiro económico a la empresa, que puede utilizar la ausencia de pagos para reconstruir su situación financiera.

La ley da una regulación muy prolija, que cubre (i) los juicios y procedimientos arbitrales en tramitación y los que se inicien tras la declaración, (ii) las ejecuciones y apremios en tramitación y los que se inicien con posterioridad, y (iii) unas reglas especiales para las garantías reales.

- i. Los juicios declarativos y procedimientos arbitrales en tramitación en el momento concursal continuarán hasta la firmeza de la sentencia, sin acumularse al procedimiento judicial (salvo alguna excepción –[artículos 137 y 140 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.51] de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748])).

No obstante, se suspenderán hasta la finalización del concurso los procedimientos contra los administradores por incumplimiento de la obligación social de disolver las sociedades de capital –cuando concurra la causa–, y los procedimientos en los que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ([artículo 139 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.51.BIS] de la Ley Concursal). La sentencia o laudo que se dicte vinculará al juez concursal, y constituirá un crédito concursal por el importe al que se condene al concursado ([artículo 141 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.53] de la Ley Concursal).

Lo anterior debe entenderse en el plano de la competencia interna de los tribunales españoles y no como normas de derecho internacional privado. Los efectos del concurso en los procedimientos judiciales en tramitación se rigen por el [artículo 18](#) [LCEur\2015\759#A.18] del [Reglamento 2015/848/UE](#) (LCEur 2015, 759 [LCEur\2015\759]) y, si este no resulta aplicable, por el [artículo 731 del Texto](#)

Refundido [RCL\2003\1748#A.209] de la Ley Concursal (ambos establecen como regla general que rige la ley del procedimiento en curso).

Una vez declarado el concurso, no se pueden plantear nuevas demandas civiles o laborales contra el deudor, excepto ante el juez del concurso y en el seno del procedimiento concursal (artículo 136 del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.50] de la Ley Concursal). El concurso es un procedimiento con vocación universal, y atrae hacia sí cualesquiera nuevas acciones que se quieran interponer. La universalidad tiene, sin embargo, un límite: sí se pueden iniciar acciones contencioso-administrativas, sociales, o penales que puedan afectar al concursado, y en este caso el administrador concursal intervendrá en defensa de la masa (artículo 136.4 del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.50] de la Ley Concursal).

- ii. Las ejecuciones y apremios que se hallaren en tramitación se paralizan en la fecha de declaración concursal, y los créditos se tienen que satisfacer a través del procedimiento concursal; a partir de esa fecha tampoco pueden iniciarse ejecuciones singulares (por ejemplo, de un juzgado de lo social) ni seguirse apremios administrativos (por ejemplo, por una multa) o tributarios (artículo 142 del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.55] de la Ley Concursal).

La finalidad que el Texto Refundido de la Ley Concursal busca es evidente: quiere evitar que los acreedores que tienen en marcha, pero aún no han finalizado, una ejecución o apremio obtengan una ventaja sobre los demás acreedores.

Excepcionalmente se permiten algunas ejecuciones en materia laboral o tributaria si se hubieran embargado bienes o dictado providencia de apremio (artículo 144 del Texto Refundido [RCL\2003\1748#A.55] de la Ley Concursal) siempre que los bienes afectados no fueran imprescindibles para la continuidad de la actividad empresarial y la continuación de ciertos procedimientos en el extranjero (artículos 7 [LCEur\2015\759#A.7] y 18 [LCEur\2015\759#A.18] del Reglamento 2015/848/UE).

La regla anterior se aplica también, pero con matizaciones, a los acreedores con garantía real (hipoteca, prenda con o sin desplazamiento, arrendamiento financiero, reserva de dominio...).

- iii. Una regla general aceptada en todos los sistemas concursales es que los acreedores con derecho real gozan de privilegio con respecto a los bienes afectos. Eso también es así, como veremos, en el Texto Refundido de la Ley Concursal.

Sin embargo, la ley quiere evitar que el acreedor real, que está garantizado, pueda dañar la continuidad de la empresa a través de una ejecución precipitada. Por eso, los acreedores con garantía real sobre bienes empresariales que resulten necesarios para su actividad empresarial ven paralizadas sus ejecuciones en trámite y no pueden iniciar nuevas, aunque su crédito esté impagado, debiendo esperar hasta que se apruebe el convenio o transcurra un año desde la declaración sin que se haya abierto la liquidación. A partir de ese momento ya pueden ejercer plenamente su derecho real, iniciar

o continuar (si ya se hubieran iniciado) la ejecución –eso sí, ante el juez concursal ([artículos 145](#) [RCL\2003\1748#A.56] y [148 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.57] de la Ley Concursal). Igualmente, si los procedimientos de ejecución quedan en suspenso, el juez puede levantar y cancelar los embargos cuando estos dificulten la continuidad de la actividad empresarial.

El Texto Refundido de la Ley Concursal contiene una regla especial para evitar estas situaciones de dependencia en la ejecución de las garantías reales y es que durante el plazo de la paralización de las acciones, la administración concursal puede comunicar a los titulares de estos créditos que opta por atender su pago sin realización de los bienes afectos, y pagar con cargo a la masa los intereses y la amortización pendiente de pago ([artículo 430 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.155] de la Ley Concursal).

Excepcionalmente, la ejecución iniciada no se paraliza respecto de bienes no afectos a la actividad empresarial, y será el juez concursal el que determine de qué bienes se trata ([artículo 147 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.56] de la Ley Concursal). Y la ley aclara que no tienen el carácter de necesario para la continuidad de la actividad empresarial las acciones o participaciones de sociedades destinadas a la tenencia de un activo y su financiación, siempre que la ejecución de la garantía no impida al concursado la explotación del activo ([art. 147.2 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.56] de la Ley Concursal). Este supuesto un tanto excepcional pretende proteger los denominados “*project finance*” que son operaciones financieras que se instrumentan a través de una sociedad creada ad-hoc, que es quien recibe la financiación y tiene los bienes que se explotan empresarialmente.

3. Prohibición de compensación

Es muy frecuente en la práctica que el acreedor del concursado sea simultáneamente deudor de este (por ejemplo, el banco tiene un préstamo de 100 y un depósito del deudor por importe de 20). En una situación así, es evidente que el acreedor lo que querrá hacer es compensar, insinuándose únicamente por el neto –de esta forma, la cantidad compensada no quedará afecta al convenio (en nuestro caso, el banco preferirá insinuarse por 80 y no tener que devolver el depósito, a insinuarse por 100 y devolver el importe de 20). Pero al actuar así, se está perjudicando a los otros acreedores y violando el principio de la *par conditio*. Por eso, la ley prohíbe la compensación de los créditos y deudas del concursado.

La anterior regla general tiene sin embargo dos excepciones:

- i. si los requisitos de la compensación (establecidos en el [artículo 1196](#) [LEG\1889\27#A.1196] del [Código Civil](#) ([LEG 1889, 27](#) [LEG\1889\27]) –verlo– se hubieran dado antes del concurso (aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella), la compensación es válida y el acreedor solo se insinúa por el neto ([artículo 153 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.58] de la [Ley Concursal](#) ([RCL 2003, 1748](#) [RCL\2003\1748]));
- ii. si el crédito del deudor insolvente a compensar (en nuestro ejemplo el depósito de 20) está sujeto a un ordenamiento extranjero, que sí que permite la compensación concursal, entonces esta se admite en un concurso español ([artículo 727 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.205] de la Ley Concursal, que

recoge el [artículo 9](#) [LCEur\2015\759#A.9] del Reglamento 2015/848/UE –la solución no parece demasiado equitativa).

4. Interrupción del devengo de intereses

Otra de las consecuencias tradicionales del concurso radica en que desde su declaración queda suspendido el devengo de intereses, tanto legales como pactados, con una excepción: los que devenguen los créditos con garantía real, hasta donde alcance el valor del bien o derecho sobre el que recae la respectiva garantía ([artículo 152.2 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.59] de la [Ley Concursal](#) ([RCL 2003, 1748](#) [RCL\2003\1748])).

Obsérvese que el artículo 59 no exceptiona del cese en el devengo de intereses los casos en que el acreedor cuenta con una garantía personal (por ejemplo, por un socio del concursado), generando ciertas dudas en cuanto a si el acreedor puede exigir los intereses al fiador o no, que la doctrina parece resolver en el sentido de que la suspensión no afecta a la acción del acreedor contra el fiador, pero sí a la de regreso del fiador contra el deudor.

El Texto Refundido de la Ley Concursal contiene una regla en materia de intereses que es un brindis al sol. Se recoge en el [artículo 320 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.59] de la Ley Concursal que dice que, si se llega a un convenio que no implique quita, se podrán pagar los intereses ordinarios al tipo menor entre el convencional y el legal. Contablemente esa regla exigirá que las cuentas de la sociedad reflejen esa obligación hasta la finalización del concurso, aunque no se pueda pagar.

5. Suspensión del derecho de retención

Durante la tramitación del concurso se suspende el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa, a excepción de las retenciones derivadas de la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social.

Finalizado el concurso los bienes y derechos serán restituidos al titular del derecho en caso de que no haya visto satisfecho su crédito ([artículo 154 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.59.BIS] de la [Ley Concursal](#) ([RCL 2003, 1748](#) [RCL\2003\1748])) y los bienes no hayan sido enajenados.

6. Interrupción de la prescripción

Durante la tramitación del proceso concursal, se interrumpen los plazos de prescripción de todas las acciones dirigidas contra el deudor (no de las del deudor dirigidas contra terceros, que pueden ser ejercidas por aquel), si bien esta interrupción no perjudicará a los deudores solidarios, así como tampoco a fiadores y avalistas ([artículo 155 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.60] de la [Ley Concursal](#) ([RCL 2003, 1748](#) [RCL\2003\1748])).

7. Efectos sobre los contratos

Siempre que se produce un concurso empresarial, están en período de cumplimiento un buen número de contratos entre el deudor y sus acreedores, del que resultan obligaciones recíprocas (por ejemplo, el concursado, fabricante de pan, se ha

comprometido frente a una panadería a entregar panecillos durante seis meses, y frente a un fabricante de harina, a comprar harina durante el mismo periodo). ¿Qué ocurre con esos contratos de tracto sucesivo o que están pendientes de cumplimiento?

7.1. Regla general

En principio, los contratos con obligaciones recíprocas no se ven afectados por la declaración de concurso, tanto si el deudor tiene derecho a cobrar, como si su deber es pagar (en nuestro ejemplo, deberá seguir entregando pan y recibiendo harina). En el caso de que el deudor sea el pagador, la ley prevé que el pago se realice con cargo a la masa, es decir, que se pague en el acto e íntegramente ([artículo 158 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.61] de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748]): de no ser así, el harinero nunca entregaría la harina y la actividad empresarial se detendría).

Ahora bien, la ley permite al deudor y al administrador concursal que acudan al juez para pedirle que declare resuelto el contrato, si esto fuera en interés del concurso (no está claro si se puede pedir la resolución por los incumplimientos anteriores al concurso o solo por los que se produzcan después).

El juez, tras oír a las partes, puede decretar la resolución, indemnizando al tercero (si el tercero no es el incumplidor) por los daños y perjuicios y restituyéndole lo que le corresponda, íntegramente con cargo a la masa ([artículo 158 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.61] de la Ley Concursal). (En nuestro ejemplo, si los precios de la harina fueran muy altos, el juez podrá decretar la resolución del contrato, pero pagándole al harinero íntegramente las partidas de harina ya entregadas e indemnizándole por los daños causados). Y a la inversa, aunque haya causa de resolución y el tercero pretenda ejercitarla, el juez puede acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas ([artículos 162 y 163 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.62] de la Ley Concursal; en nuestro ejemplo, el concursado deja de entregar un día el pan a la panadería y esta pretende resolver el contrato; el juez puede decretar el cumplimiento, pero se debe indemnizar íntegramente a la panadería por el daño causado).

La ley quiere que la decisión sobre la continuidad o resolución de los contratos, en todo caso, la tome el juez: por eso declara no puestas las cláusulas (muy frecuentes hasta ahora en la práctica) que prevean la resolución del contrato por la sola causa de la declaración del concurso ([artículo 156 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.61] de la Ley Concursal; la regla no se aplica en los casos en los que la ley permite la denuncia unilateral de un contrato –como, por ejemplo, en la comisión; [artículo 159 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.63] de la Ley Concursal).

Aunque el régimen del 156 del Texto Refundido de la Ley Concursal es aplicable al contrato de crédito por ser bilateral, este mismo régimen debe ser impuesto, a nuestro juicio, a los contratos de préstamo en el que surgen solo obligaciones para el prestatario, ya que de no ser así carecería de sentido la regla impuesta por el citado artículo (algunos autores lo niegan por el carácter unilateral y real del contrato de préstamo frente a la naturaleza bilateral del contrato de crédito).

8. Contratos de trabajo

La regla general se aplica en principio también a los contratos laborales; estos continúan en vigor, a pesar de la declaración del concurso. Ahora bien: en toda situación de crisis empresarial una medida imprescindible es adoptar lo que eufemísticamente se denomina «ajustes laborales». La ley regula un procedimiento para que se puedan adoptar estas medidas, siempre bajo la tutela del juez concursal (no los juzgados de lo social, que quedan totalmente excluidos). Este procedimiento puede resultar en la modificación (léase reducción de salarios), extinción (ídem despidos), suspensión (vacaciones forzosas) o traslado (cambio de lugar de trabajo) colectivo (es decir, que afecta a toda la plantilla) de los contratos de trabajo ([artículo 169 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.64] de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748])).

La propuesta del procedimiento colectivo puede partir de la administración concursal, del deudor o de los trabajadores (supuesto quizás más teórico que real), se debate después durante un periodo de consultas entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores (que deciden su postura por mayoría dentro del comité de empresa), y el juez «visto el resultado de la consulta» resuelve.

Si hay acuerdo, este vincula al juez (salvo casos extremos de dolo y similares, en que realmente no habrá existido acuerdo). Si no hay acuerdo, la ley (probablemente a propósito) deja la pregunta sin contestar: «el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral», debiendo entenderse que puede aceptar la propuesta, total o parcialmente, (aunque el Texto Refundido de la Ley Concursal permite a las partes un último trámite de alegaciones ante el juez –artículo 182.2 [del Texto Refundido de la Ley Concursal](#)). Si el juez acepta la propuesta, total o parcialmente, su decisión produce las mismas consecuencias que un expediente de regulación de empleo (es decir, vincula a todos los trabajadores, aunque no hayan dado su consentimiento individual).

La modificación de los convenios colectivos sí requiere el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores ([artículo 189 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.66] de la Ley Concursal).

9. Contratos de alta dirección

Los altos directivos (concepto que los jueces de lo social vienen interpretando restrictivamente) gozan de un régimen mucho menos protector que los trabajadores. Sus contratos pueden ser extinguidos o suspendidos sin más por la administración concursal (aunque la decisión puede impugnarse ante el juez concursal) o el deudor, y la indemnización pactada para estos casos puede ser moderada por el juez, reduciéndola a la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo ([artículo 186 del Texto Refundido](#) [RCL\2003\1748#A.65] de la [Ley Concursal](#) (RCL 2003, 1748 [RCL\2003\1748])); la ley, con razón, ha querido poner freno a los abusos de los contratos blindados).

10. Rehabilitación de contratos ya resueltos

La ley ha creado una sorpresa desagradable para ciertos acreedores del concursado. El supuesto de hecho (reducido a un ejemplo explicativo) es el siguiente: un banco ha otorgado un crédito por 100 al deudor, del que ha dispuesto 60. El deudor impaga los intereses, el banco resuelve el contrato, pero el deudor no llega a devolver

el principal, sino que es declarado en concurso (a petición propia o de un acreedor) antes de que transcurran tres meses. En este caso la administración concursal tiene el derecho a rehabilitar el contrato.

La rehabilitación implica que la administración concursal debe pagar íntegramente al banco la cuantía debida (en nuestro caso los intereses), y comprometerse a satisfacer íntegramente en el futuro todas las cantidades exigibles. Ejercitado este derecho y efectuado el pago, el contrato entra de nuevo en pleno vigor, y el deudor puede disponer íntegramente del crédito (es decir, tiene derecho a recibir 40 más). Y el banco no se puede oponer, salvo que hubiera iniciado acciones legales contra el deudor, algún codeudor solidario o garante, antes de declararse el concurso.

La ratio de la medida es evidente: permitir al deudor que recupere capacidad crediticia, para así favorecer la continuidad de su actividad empresarial (este derecho es una innovación del Texto Refundido de la [Ley Concursal \(RCL 2003, 1748 \[RCL\2003\1748\]\)](#), que no existía en la normativa anterior). Sin embargo, es dudoso que el banco esté obligado a rehabilitar el crédito cuando el concursado careciera de bienes suficientes para satisfacer el crédito rehabilitado.

La rehabilitación cabe aun cuando el crédito del acreedor de turno haya sido pagado antes de la declaración de concurso. En todo caso el Texto Refundido de la Ley Concursal impone un límite temporal a la rehabilitación: el crédito impagado se debe de haber declarado vencido anticipadamente dentro de los tres meses precedentes a la declaración del concurso.

La rehabilitación se puede aplicar a préstamos, créditos ([artículo 166 del Texto Refundido \[RCL\2003\1748#A.68\]](#) de la Ley Concursal), a los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con precio aplazado ([artículo 166 del Texto Refundido \[RCL\2003\1748#A.69\]](#) de la Ley Concursal) y a los contratos de arrendamientos urbanos ([artículo 168 del Texto Refundido \[RCL\2003\1748#A.70\]](#) de la Ley Concursal).

La rehabilitación inicial no debería impedir que la contraparte del concursado intente resolver el contrato por incumplimientos o cambios en las circunstancias acaecidos una vez rehabilitado el contrato.

11. Efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa; la rescisión

Es una constante en todas las crisis empresariales, que el deudor presiente que está abocado a la insolvencia y realiza, en el periodo anterior a la solicitud del concurso, acciones para ocultar bienes o beneficiar a ciertos acreedores. El Derecho desde siempre ha querido poner coto a estos abusos. Así, el [Código Civil \(LEG 1889, 27 \[LEG\1889\27\]\)](#) permite rescindir los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba (acción pauliana recogida en el 1111 en relación con el [artículo 1291 \[LEG\1889\27#A.1291\]](#) del Código Civil).

El equilibrio entre protección frente al abuso y seguridad jurídica no ha sido siempre fácil. Los ordenamientos han venido reconociendo dos remedios tradicionales:

- Retroacción: Se retrotrae la fecha de la insolvencia al momento en que realmente se produjo esta; todos los actos posteriores a esa fecha son nulos o anulables.

- Revocación: Se pueden impugnar ciertos actos realizados antes de la declaración de insolvencia; se trata en este caso de una acción pauliana especial, en la que, al existir una insolvencia, se suprimen algunos de los requisitos ordinariamente exigidos para poder instar la anulación de esos actos y se establecen presunciones que simplifican la prueba.

El régimen anterior previsto en el [Código de Comercio \(LEG 1885, 21 \[LEG\1885\21\]\)](#) aplicaba ambos remedios, lo cual generaba cierta inseguridad jurídica a los operadores.

El Texto Refundido de la [Ley Concursal \(RCL 2003, 1748 \[RCL\2003\1748\]\)](#) ha recogido el principio tradicional sentado por el Código Civil y ha creado una acción especial de rescisión mucho más amplia que la civil ([artículo 226 del Texto Refundido \[RCL\2003\1748#A.71\]](#) de la Ley Concursal), pero sin recurrir en sentido estricto a un régimen de retroacción puro. El Texto Refundido de la Ley Concursal también ha previsto que determinados acuerdos de refinanciación queden exentos de las reglas de reintegración cuando concurren determinadas circunstancias (ver [artículos 598 y 604 del Texto Refundido \[RCL\2003\1748#A.71.BIS\]](#) de la Ley Concursal).

La legitimación activa para ejercer la acción por rescisión ante el juez concursal la tiene la administración concursal (y subsidiariamente, si no lo hiciera, cualquier acreedor). La acción se dirige contra la contraparte del deudor y se tramita por el cauce del incidente procesal.

El análisis en detalle de este régimen se verá más adelante en el tema dedicado al efecto.

CASO PRÁCTICO

Mediterranean Food Holdings, S.A. es una sociedad anónima española cabecera de un grupo de sociedades dedicadas a la producción, distribución y comercialización al por mayor de productos cárnicos en la península ibérica, Latinoamérica y Reino Unido (en adelante el **«Grupo Mediterranean Food»** o el **«Grupo»**), cuyas acciones están admitidas a cotización en la Bolsa de Madrid.

El Grupo Mediterranean Food está organizado en torno a tres sociedades, participadas al 100% por Mediterranean Food Holdings, S.A., del siguiente modo:

- i. Mediterranean Food Iberia, S.A., una sociedad anónima española de la cual depende todo el negocio en España y Portugal.
- ii. Mediterranean Food UK limited, una sociedad constituida bajo las leyes de Inglaterra y Gales, a la cual pertenece el negocio en Reino Unido e Irlanda.
- iii. Mediterranean Food LATAM Holdings, S.A., una sociedad anónima chilena de la que depende indirectamente todo el negocio en Latinoamérica. Su activo, por tanto, está compuesto exclusivamente por el 100% de las acciones de Mediterranean Food Brasil, S.A., sociedad anónima brasileña de la que depende el negocio en Brasil, el 100% de las acciones de Mediterranean Food Pacific, S.A., sociedad anónima chilena de la que depende todo el negocio en Chile, Perú y Colombia, y el 85% de las acciones de Mediterranean Food Argentina, S.A., sociedad anónima argentina de la que depende el negocio en Argentina.

Desde su desembarco en el mercado latinoamericano en el año 2000, el Grupo experimentó un extraordinario crecimiento en términos de beneficios. Buena culpa de

ello la tuvo, sobre todo, los fantásticos resultados conseguidos por Mediterranean Food Brasil, S.A. en el mercado brasileño.

En 2017, sin embargo, tras un importante escándalo relacionado con los controles sanitarios en este país, el negocio del Grupo en Latinoamérica se resintió notablemente. Esto, unido a la caída del consumo en España y Portugal, provocó que en diciembre de 2017 Mediterranean Food Holdings, S.A., con el propósito de lograr una solución a sus problemas de liquidez, pusiese en conocimiento del juzgado de lo mercantil de Madrid el inicio de las negociaciones a las que se refiere el [artículo 583 \[RCL\2003\1748#A.5.BIS\]](#) del Texto Refundido de la Ley Concursal. Unos meses después, y dentro del plazo legal, el juez titular del juzgado número 5 homologó el acuerdo de refinanciación alcanzado por esta.

Hace unos meses, el fondo de inversión irlandés Food Capital Investments (el «**Comprador**»), contactó con Mediterranean Food Holdings, S.A. interesado en la adquisición del negocio del Grupo en Chile, Perú y Colombia (el «**Negocio del Pacífico**»), mercado que según los expertos tiene las mayores perspectivas de crecimiento (la «**Transacción**»). Tras un complicado proceso de negociaciones, la Transacción ha sido estructurada de forma que el Comprador adquirirá el 100% de las acciones de Mediterranean Food Pacific, S.A. (las «**Acciones**») directamente de Mediterranean Food LATAM Holdings, S.A. (el «**Vendedor**») por un precio de 100 millones de euros. Mediterranean Food Holding, S.A. también firmará el Contrato como Garante de las obligaciones del Vendedor.

Asimismo, se ha acordado que en el momento de la firma del contrato el Comprador pagará al Vendedor el 75% del precio de compra, mientras que el restante 25% será satisfecho en el momento en que la transmisión de las Acciones sea efectiva, una vez se cumplan todas las condiciones a las que está sujeta la operación.

Habida cuenta de la importante suma que será abonada con carácter previo a la consumación de la Transacción, Mediterranean Food Holdings, S.A. y el Comprador han acordado que simultáneamente al pago del 75% del precio de compra también se constituirán las siguientes garantías en favor del Comprador (las «**Garantías**»):

- i. Mediterranean Food LATAM Holdings otorgará una prenda sujeta a derecho chileno sobre el 85% de las acciones de Mediterranean Food Argentina, S.A., de las que es titular.
- ii. Mediterranean Food Holdings, S.A. otorgará una prenda sujeta a derecho inglés sobre el 100% de las acciones de Mediterranean Food limited, de las que es titular.
- iii. Mediterranean Food Iberia, S.A. constituirá una hipoteca mobiliaria sujeta a derecho español sobre la maquinaria procesadora de carne GT40-X instalada en la fábrica «La Estepa» (Ciudad Real), activo clave para la actividad de esta sociedad.

En los últimos días han surgido rumores en la prensa económica española que señalan que la mala marcha del negocio en Brasil y la cercanía de la fecha límite pactada en el acuerdo de refinanciación alcanzado en 2018 hacen que Mediterranean Food Holdings, S.A. esté abocada a solicitar la declaración de concurso. Estas noticias, aunque han sido tajantemente desmentidas por el consejero delegado de la sociedad, han suscitado algunas suspicacias en el Comprador.

El despacho inglés que le está asesorando ha contactado con usted para que le aclare qué consecuencias para la Transacción podrían derivarse de los hechos anteriormente descritos desde una perspectiva de Derecho español. El Comprador es un cliente muy exigente y espera que usted ponga especial énfasis en la justificación de su respuesta.

Bibliografía

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. Y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Los efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos y los contratos», en **URÍA GONZÁLEZ y MENÉNDEZ** (Directores,), Curso de derecho mercantil, vol. 2: La contratación mercantil. Derecho de los valores. Derecho concursal. Derecho de la navegación. Madrid, 2006, pp. 985-1012.

ROJO FERNANDEZ-RÍO, A. Y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (Directores.), Comentario de la Ley concursal. Madrid, 2006.

SALINAS ADELANTADO, C., «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», Anuario de derecho concursal núm. 24, 2011, pp. 99-135.

VEIGA COPO, Abel B., «La masa activa del concurso de acreedores», Navarra 2017.

SEBASTIÁN QUETGLAS, R., El concurso de acreedores del grupo de sociedades, Madrid, 2013.