

Sergio Sánchez Gimeno

Profesor Asociado de Derecho Mercantil
Universidad Cardenal Herrera-CEU
Abogado

La retribución de los administradores de sociedades de capital y las relaciones de prestación de servicios distintos al desempeño del cargo en caso de concurso de acreedores

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. APUNTES RELATIVOS A LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LA RELACIÓN DE ADMINISTRACIÓN Y LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES—1. *El mantenimiento de la relación de administración tras la declaración de concurso*—2. *Efectos del concurso sobre la retribución de los administradores prevista por los estatutos*—2.1. La retribución de los administradores en el caso de la sociedad concursada sometida a intervención—2.2. La retribución de los administradores en el caso de la sociedad concursada con facultades suspendidas—3. *Las cláusulas indemnizatorias previstas para el supuesto de separación sin justa causa*
- III. EL RÉGIMEN CONCURSAL APLICABLE A LOS CONTRATOS DE SERVICIOS CELEBRADOS ENTRE EL ADMINISTRADOR Y LA SOCIEDAD CONCURSADA—1. *Introducción*—2. *La falta de cumplimiento por una de las partes en el momento de la declaración del concurso*—3. *Los contratos de duración y aquellos en los que falta el cumplimiento de ambas partes en el momento de la declaración del concurso*—3.1. La regla de continuación de los contratos—3.2. La resolución por interés del concurso—3.3. La resolución del contrato por incumplimiento de la sociedad—3.4. El régimen específicamente aplicable a los contratos de alta dirección
- IV. LA RESCISIÓN CONCURSAL—1. *Cuestiones generales*—2. *El perjuicio para la masa activa. Consideraciones generales*—3. *La presunción del carácter perjudicial de los actos dispositivos a título oneroso realizados con los administradores de la sociedad concursada. La aplicabilidad de la excepción de «actos ordinarios de la actividad empresarial realizados en condiciones normales»*—4. *La rescisión de los actos a título gratuito*—5. *Efectos de la rescisión*—5.1. La decla-

ración de ineficacia del acto rescindido-5.2. La restitución de prestaciones

V. EJERCICIO DE OTRAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN

VI. CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE LAS RELACIONES DE SERVICIOS EXISTENTES ENTRE LA SOCIEDAD CONCURSADA Y SUS ADMINISTRADORES

I. INTRODUCCIÓN

En el campo del gobierno de las sociedades de capital ha adquirido un singular relieve el estudio de aquellos aspectos que, de forma directa o indirecta, se refieren a la retribución de los administradores. Tal circunstancia, unida a la novedad de la Ley 22/2003, de 17 de julio, Concursal, avalan la oportunidad del temario del presente trabajo.

El objeto de estudio ha sido delimitado con un criterio amplio, en orden a abarcar no sólo la retribución reconocida a los administradores en los estatutos de la sociedad sino, igualmente, la remuneración que pudiera corresponderles por la prestación de servicios distintos al desempeño del cargo. Tal criterio está justificado por la propia realidad de nuestras sociedades, en las que la percepción de una remuneración por servicios no prevista en los estatutos es claramente predominante.

Conviene advertir que no existen aportaciones doctrinales referidas a las «retribuciones» de los administradores –entendida la expresión en sentido amplio– en el marco de un procedimiento concursal. Tal déficit puede imputarse, en parte, a las carencias propias de la normativa anterior a la Ley Concursal que si, en general, podía calificarse de desfasada e incompleta, en las concretas materias de las relaciones contractuales de carácter bilateral¹ y de la administración de sociedades era casi inexistente.

La profunda reforma del Derecho Concursal español operada por la Ley Concursal ha venido a remediar la insatisfactoria situación existente bajo el imperio de la normativa anterior, dotando al concurso de un régimen jurídico más completo, tanto en el plano sustantivo como en el procesal. La reforma ha propiciado el nacimiento de un cuerpo de doctrina que, a falta de un desarrollo jurisprudencial, contribuye, sin duda, a clarificar el significado y alcance de muchas de las instituciones concursales que no cuentan con precedentes en nuestro ordenamiento. Ello es especialmente cierto respecto a la regulación concursal de la responsabilidad de los administradores, tema que ha suscitado un vivo interés en la doctrina mercantil. No existe, sin embargo, norma que se refiera a otros aspectos del estatuto jurídico del administrador² y, en particular, a su retribución o a otros vínculos relativos a la prestación de servicios distintos al ejercicio del cargo. No obstante, la Ley Concursal contiene algunas disposiciones llamadas a incidir,

¹ Vid. GÓMEZ MENDOZA, M., «Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61)», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid (Lex Nova), 2004, t. II, pg. 1142.

² La única excepción la encontramos en el artículo 173 de la Ley Concursal, que se refiere al cese de los administradores inhabilitados por la sentencia de calificación.

de forma notable, en el ámbito enunciado, especialmente en el campo de las relaciones contractuales administradores-sociedad, con unas consecuencias prácticas que, a día de hoy, no son fáciles de predecir. Presenta particular interés, en este sentido, la aplicación de las normas concursales que regulan las relaciones contractuales de carácter bilateral, la acción rescisoria y la clasificación de los créditos. A su análisis dedicaremos la mayor parte de este trabajo.

II. APUNTES RELATIVOS A LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LA RELACIÓN DE ADMINISTRACIÓN Y LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

1. El mantenimiento de la relación de administración tras la declaración de concurso

Como es sabido, la declaración de concurso no tiene como efecto la disolución de la sociedad concursada ni el cese de sus administradores. Tal criterio está particularmente justificado en la orientación que preside la nueva regulación del concurso, que prima el mantenimiento de la actividad económica del concursado y la solución de la situación de crisis patrimonial a través de un convenio con los acreedores³. Los órganos de la sociedad concursada mantienen sus competencias durante la tramitación del concurso, quedando sometidos a *«los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición»* (artículo 48 Ley Concursal)⁴. Las limitaciones de la capacidad de obrar del concursado (y, por consiguiente, de las competencias de sus órganos) están circunscritas a las facultades de *«administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso»* (artículo 40.6 LC)⁵.

En coherencia con los principios enunciados, el cese de los administradores sociales (y su nombramiento) sólo puede producirse en los casos previstos

³ Vid. GALÁN LÓPEZ, C., «Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial (art. 44)», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.), *ComLC*, t. I, pgs. 839 y ss.; PULGAR, J. «Insolvencia: conservación versus liquidación», en GARCÍA VILLAVARDE/ALONSO UREBA/PULGAR (dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal 2001*, Madrid (Editorial Dilex), 2002, pgs. 74-75.

⁴ En el régimen anterior a la Ley Concursal, la representación de la sociedad quebrada correspondía, por mor del artículo 929 Código de Comercio, al órgano designado por los estatutos o, en su defecto, al órgano de administración; vid. RAMÍREZ, J. A., *La quiebra*, 2ª ed., Barcelona (Bosch), 1998, t. III, pg. 2377.

⁵ Sobre la naturaleza jurídica de las limitaciones a la capacidad de obrar del concursado, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «De los efectos sobre el deudor» (art. 40), en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid (Civitas), 2004, t. II, pgs. 782 y ss.; BERCOVITZ, R., «De los efectos sobre el deudor» (art. 40), en BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid (Tecnos), 2004, t. I, pgs. 358 y ss.

por la legislación de sociedades⁶, regla que no se ve alterada por los efectos que derivan de la declaración de concurso. Si se observa, la Ley Concursal sólo prevé el cese de administrador como consecuencia de la inhabilitación para el ejercicio del cargo acordada por la sentencia de declaración del concurso culpable (artículo 173 LC)⁷. No obstante, se ha sugerido en nuestra doctrina que el ejercicio por la administración concursal de la acción social de responsabilidad determina el cese de los administradores por aplicación del artículo 134.2 de la Ley de sociedades anónimas⁸, tesis que es difícilmente conciliable con las reglas que presiden la materia. Al respecto, debe notarse que el cese de los administradores que contempla el artículo 134.2 de la Ley de sociedades anónimas sólo está previsto para un supuesto determinado en el que se manifiesta la pérdida de confianza de los socios –el acuerdo de la junta general de promover o transigir la acción social de responsabilidad–, auténtica *ratio* de la norma⁹. Esta razón no puede concurrir nunca en el supuesto de ejercicio de la acción por la administración concursal, lo que debe llevar a negar que dicho ejercicio pueda producir el cese de los administradores¹⁰.

A la luz de las consideraciones anteriores, es claro que la declaración del concurso no conlleva la extinción de la relación jurídica existente entre los

⁶ Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., «Administradores», en SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid (Edersa), 1995, t. IV, pgs. 83-100 y 186-235; POLO SÁNCHEZ, E., *Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima*, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA (dir.), *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Madrid (Civitas), 1992, t. IV, pgs. 213-276.

⁷ Vid. MAIRATA LAVIÑA, J., «Los efectos del concurso en la Ley Concursal», en GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA (dir.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Madrid (Editorial Dilex), 2003, pgs. 294-295. Igualmente, el artículo 145.3 Ley Concursal prevé el cese de los administradores en los casos de apertura de la fase de liquidación (PULGAR, J., «Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación», en GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR Ezquerria (dir.), *Estudio sistemático de la Ley 22/2003*, pg. 474). Ha de notarse, sin embargo, que en el caso de apertura de la fase de liquidación no se produce, en realidad, un cese del administrador, con extinción del vínculo jurídico que le une a la sociedad, sino, más bien, un cese en el ejercicio de las facultades de liquidación del patrimonio concursal; de esta opinión, MORILLAS JARILLO, M. J., «Sociedades en situación concursal y normas de conducta de sus administradores», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. II, Madrid (Marcial Pons), 2005, pg. 2166; BELTRÁN, E., «Efectos sobre el deudor persona jurídica (art. 48)», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 969.

⁸ De esta opinión, BELTRÁN, E., «art. 48», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 974.

⁹ Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, pgs. 299-300; POLO SÁNCHEZ, E., *Los administradores*, pg. 339; GARRIGUES/URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1976, t. II, pg. 176.

¹⁰ Es interesante observar que, en el Derecho italiano, el artículo 2409 *Codice Civile* atribuye legitimación a la administración de la quiebra para promover el procedimiento de revocación del administrador sobre el que pesan sospechas de haber cometido graves irregularidades en el ejercicio de su cargo. La revocación tiene carácter judicial y sólo se produce tras constatar en el oportuno proceso de investigación la efectiva comisión de tales irregularidades.

administradores y la sociedad. Resulta igualmente claro que el mantenimiento de dicha relación deriva de la regla de continuidad de los órganos sociales y no de la aplicación del régimen concursal de los contratos bilaterales (art. 61.2 LC). Con independencia de la tesis que se siga respecto a la naturaleza del vínculo de administración¹¹, lo cierto es que entre este supuesto y el de los contratos bilaterales existen algunas diferencias importantes, aunque también puedan advertirse similitudes notables. Las diferencias tienen su explicación en la función atribuida *ex lege* a los administradores de sociedades, circunstancia que ha favorecido la tendencia a la institucionalización de su estatuto jurídico¹², y que, igualmente, hace inaplicables algunas de las previsiones contenidas en el régimen concursal de los contratos bilaterales. Destacan, en este sentido, la resolución de los contratos bilaterales por interés del concurso y la posibilidad de reconocimiento judicial, a la parte *in bonis*, del derecho a percibir una indemnización con cargo a la masa (art. 61.2 LC). Nótese, al respecto, que la extinción del vínculo de administración sólo puede producirse en los casos legalmente previstos, entre los que no figura, desde luego, un instituto de perfiles parecidos al de la resolución concursal. Tampoco cabe reconocer al administrador, por el mero hecho de la extinción de la relación que tiene con la sociedad, el derecho a percibir indemnización alguna¹³.

La continuidad de la relación presupone el mantenimiento de los deberes y responsabilidades aplicables a los administradores sociales. En particular, tras la declaración de concurso, los administradores deben continuar ejerciendo el cargo, cumpliendo la Ley y los estatutos con la diligencia de un «ordenado empresario» y un «representante leal» (arts. 127 y ss. LSA y 61 LSRL).

¹¹ Como es sabido, un sector de la doctrina mercantil ha sostenido el carácter unilateral del negocio en virtud del cual el administrador resulta investido de tal cualidad y, en consecuencia, ha negado naturaleza contractual a la relación de administración; vid. entre otros, GARRIGUES/URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. II, pgs. 26 y ss.; BÉRGAMO, A., *Sociedades Anónimas (las acciones)* Madrid, 1970, t. III, pgs. 15-16; SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, pgs. 67-68; en la doctrina italiana, FERRI, G., *Le società*, in Vassalli (dir.) *Trattato di diritto civile italiano*, Torino (UTET), 1985, vol. X, tomo 3, pgs. 638-639; FERRARA, G., *Gli imprenditori e le società*, Milán (Giuffrè), 1962, pg. 434. Otra corriente doctrinal postula la naturaleza bilateral del negocio jurídico en cuya virtud el administrador asume el cargo orgánico, y, en definitiva, la naturaleza contractual de aquella relación; de esta opinión, entre otros, GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pg. 339; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas y Consejos de administración*, Madrid (Montecorvo), 1971, pg. 425; IGLESIAS PRADA, J. L., *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid (Tecnos), 1971, pgs. 404-405; LÓPEZ DE MEDRANO, F., *La separación de los administradores de la Sociedad Anónima*, Barcelona (Bosch), 1986, pgs. 296-297; POLO SÁNCHEZ, E., *Los administradores*, pgs. 49-51; en la doctrina italiana, MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano (Giuffrè), 1956, pgs. 62-63.

¹² Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima. Aspectos sustantivos*, Valladolid (Universidad de Valladolid), 1989, pgs. 138-139.

¹³ Vid. IGLESIAS PRADA, J. L., *Administración y delegación de facultades*, pg. 243; LÓPEZ DE MEDRANO, F., *La separación de los administradores*, pg. 270; VICENT, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, 3ª ed., Barcelona (Bosch), 1991, pg. 645.

Sin perjuicio de lo expuesto, es cierto que los efectos del concurso afectan, en mayor o menor grado, al contenido de la obligación de administrar¹⁴. En el supuesto de sometimiento de la sociedad concursada al régimen de intervención, no se produce una reducción sustancial de los cometidos de los administradores sociales¹⁵, salvo en el caso de que el juez del concurso decida, a solicitud de la administración concursal, el cese total o parcial de la actividad empresarial de la sociedad concursada (art. 44.4 LC). Dicho cese conlleva un vaciamiento sobrevenido de las competencias de carácter empresarial de los administradores o, en el caso de cese parcial, puede suponer una reducción de las necesidades de dedicación que, a la luz del deber de diligencia, plantea la gestión de la empresa social.

La suspensión de facultades conlleva, de forma necesaria, una reducción sustancial de los cometidos de los administradores de la sociedad durante la tramitación del concurso, en la medida en que quedan privados de las competencias que suponen administración o disposición del patrimonio concursal¹⁶. Entre tales competencias se encuentran las de gestión de la empresa social, que sólo pueden ser ejercidas por la administración concursal¹⁷. Ello no debe llevar a la precipitada conclusión de que, una vez acordada la suspensión de facultades, el cargo de los administradores sociales queda absolutamente vacío de contenido. Por el contrario, durante la situación de concurso, los administradores sociales habrán de cumplir los deberes de comparecencia, de información y de colaboración con el juez del concurso y con la administración concursal (art. 42 LC)¹⁸. En ocasiones, dicha colaboración deberá alcanzar una especial intensidad, habida cuenta del especial conocimiento que sobre la empresa social se presupone que tienen los administradores de la sociedad. Por otro lado, los administradores sociales deberán ejercer, en nombre de la sociedad concursada, las faculta-

¹⁴ De entrada, debe advertirse que, tal y como se ha apuntado en nuestra doctrina, la situación de concurso exige que los administradores ordenen su actuación a la satisfacción del interés del concurso, al que debe darse prioridad sobre el interés social; en este sentido, MORILLAS JARILLO, M. J en *Estudios Olivencia*, II, pgs. 2167-2168.

¹⁵ Vid. ROJO, A., «La Reforma del Derecho Concursal Español», en ROJO (dir.), *La Reforma de la Legislación Concursal*, Madrid (Marcial Pons), 2003, pg. 105; GARCÍA RUBIO, M. P., «Efectos sobre el deudor persona jurídica (art. 48)», en BERCOVITZ (coord.), *ComLC*, t. I, pg. 430; MORILLAS JARILLO, J. M., en *Estudios Olivencia*, II, pg. 2164.

¹⁶ Vid. BELTRÁN, E., «art. 48», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 969; GALÁN LÓPEZ, C., «art. 44» en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, I, pgs. 848-849.

¹⁷ Nótese que la empresa social constituye un elemento de la masa activa, extremo que resulta confirmado por las normas concursales reguladoras de la fase de liquidación (art. 148 LC). Por ello, en el supuesto de suspensión de facultades, corresponderá a la administración concursal la adopción de las medidas necesarias para continuar la actividad empresarial e, igualmente, el cumplimiento de los deberes contables y, entre ellos, los relativos a la formulación de las cuentas anuales (artículos 44.3 y 46.2 LC); vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Continuación del ejercicio de la actividad empresarial o profesional (art. 43)», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pgs. 916-917.

¹⁸ Sobre el particular, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Colaboración e información del deudor (art. 42)», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pgs. 916-917, pgs. 879-880; MORILLAS JARILLO, J. M., en *Estudios Olivencia*, II, pgs. 2160.

des que a ésta correspondan en el procedimiento concursal. Y, finalmente, mantendrán todas aquellas competencias que no exijan el ejercicio de facultades de «administración o disposición» del patrimonio concursal¹⁹. Tales competencias coinciden, en una parte sustancial, con aquellas que la doctrina ha dado en calificar como competencias de gestión social: así, entre otras, convocatoria de junta general y ejecución de sus acuerdos, llevanza de los libros corporativos (actas, registro acciones nominativas o de socios), etc.²⁰.

2. Efectos del concurso sobre la retribución de los administradores prevista por los estatutos

Considerando que el concurso no produce la extinción de la relación de administración, es preciso plantearse si, tras su declaración, el administrador conserva el derecho a percibir la misma retribución que le hubiera reconocido la sociedad por el desempeño del cargo. En este análisis, conviene tener en cuenta que nuestro ordenamiento ha atribuido a la junta general de la sociedad la facultad discrecional de reconocer, modificar o suprimir el derecho de los administradores a percibir una retribución –mediante modificación de los estatutos– y la de determinar y cuantificar la retribución prevista por los estatutos²¹.

La Ley Concursal no contiene disposición que regule la retribución de los administradores de la sociedad concursada, lo que, ciertamente, no favorece la formulación de una respuesta segura. En orden a abordar este asunto, es necesario realizar un análisis diferenciado de los distintos escenarios que se plantean en los supuestos de intervención y suspensión de facultades de la sociedad concursada.

Conviene advertir, en todo caso, que aún en el supuesto de que la sociedad anónima concursada obtenga beneficios en el desarrollo de su actividad, lo que no es incompatible con la situación de concurso, ha de negarse la posibilidad de asignar a sus administradores la participación en los mismos prevista en los estatutos. La razón es que, en dicha situación, no es posible reconocer a los socios el dividendo mínimo exigido por la normativa societa-

¹⁹ Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P., «art. 48», BERCOVITZ (dir.), *ComLC*, t. I, pg. 431; MORILLAS JARILLO, J. M., en *Estudios Olivencia*, II, pg. 2165.

²⁰ vid. POLO, E., *Los administradores*, pgs. 44 y ss.

²¹ Vid. RONCERO SÁNCHEZ, A., «La retribución de los administradores de la sociedad anónima», en *Manuales de la Reforma Mercantil en España, El gobierno de las sociedades*, Edición especial Expansión, Barcelona, 1999, t. III, pg. 360; BLANQUER ÜBEROS, R., «La retribución de los administradores, su constancia estatutaria y la atribución de facultades de concreción a la junta general», en AA VV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont* (Tirant lo Blanch), Valencia, 1995, pgs. 436-439; RUANO BORRELLA, J., «El órgano de administración después de la reforma de 1989», en AA VV, *Estudios sobre la reforma de las sociedades mercantiles*, Madrid (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), 1991, t. III, pg.180; SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, pgs. 183-184.

ria (art. 130 LSA)²². Aun cuando la cuestión sea discutible, no parece que respecto a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada quepa sostener el mismo criterio²³.

2.1. *La retribución de los administradores en el caso de la sociedad concursada sometida a intervención*

En el caso de intervención de las facultades no se produce, en principio, una modificación significativa de las funciones, deberes y responsabilidades del administrador social. Por ello, sería razonable admitir el mantenimiento del derecho del administrador a seguir percibiendo, con cargo a la masa, la retribución que se le hubiera reconocido antes de la declaración de concurso, afirmación que se fundamenta en el vínculo sinalagmático existente entre la prestación del cargo y su retribución. Ello no impediría que la junta general pudiera modificar o, incluso, suprimir dicha retribución, contando con la autorización de la administración concursal.

No obstante, ha de notarse que la Ley Concursal no ha incluido entre los

²² El derecho a la participación en beneficios de los administradores tiene como presupuesto el previo reconocimiento a los accionistas de un dividendo mínimo del cuatro por cien –o el mayor que hayan establecido los estatutos (vid. sobre el particular, SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, pgs. 179 y ss.; LOPEZ DE MEDRANO, F. «En torno a la retribución de los administradores de la Sociedad Anónima», *RGD*, núm. 577 (1992), pg. 10169; POLO, E., *Los administradores*, pg. 211). Pues bien, una vez declarado el concurso, no cabe la distribución de dividendos a los accionistas, circunstancia que impide el nacimiento del derecho de los administradores de la sociedad anónima a la participación en los beneficios.

²³ En este tipo social no es exigible el previo reconocimiento de un dividendo mínimo a los socios (vid. EMBID IRUJO, J. M., «Carácter gratuito del cargo», en ARROYO/EMBID (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid (Tecnos), 1997, pg. 698; POLO SÁNCHEZ, E., «La reforma del régimen jurídico de los administradores de la Sociedad Limitada: aspectos tipológicos y normativos», en BONARDELL/MEJÍAS/NIETO (coords.), *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid (Dykinson), 1994, pg. 593). El artículo 66.2 de la Ley de limitadas establece que la participación de los administradores no puede exceder del diez por ciento de los «beneficios repartibles», expresión que, como se ha indicado entre nosotros, hace referencia tanto a la base de cálculo de la participación como a la fuente del derecho (EMBID IRUJO, J. M., en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, pg. 698). Partiendo de la premisa de que en el concurso no cabe el reparto de dividendos entre los socios, cabría entender que el beneficio obtenido por la sociedad no es «beneficio repartible» a los efectos previstos por el artículo 66.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. No obstante, frente a tal planteamiento, ha de notarse que la finalidad del artículo 66.2 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada es la de limitar la participación en los beneficios de los administradores por la vía de establecer, como base de cálculo y fuente del derecho, una determinada magnitud patrimonial –el «beneficio repartible»–. A la luz de lo dicho, cabe sostener que el «beneficio repartible» es el beneficio contable que, en abstracto, y considerando las atenciones prioritarias establecidas por la normativa societaria, pueda ser objeto de distribución por la junta general, con independencia de que, durante la tramitación del concurso, no quepa el reparto de dividendos entre los socios. Esto es, el hecho de que durante el concurso los socios no puedan percibir dividendos no constituye un obstáculo a la participación en los beneficios de los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada.

créditos contra la masa a la retribución de los administradores de la sociedad concursada. De entre todos los supuestos calificados legalmente como créditos contra la masa, la retribución del administrador devengada tras la declaración de concurso sólo podría encuadrarse, hipotéticamente, en dos de ellos. El primero se refiere a las obligaciones contraídas por la administración concursal en el caso de suspensión de facultades, o por el concursado con la autorización de la administración concursal, en el caso de intervención (art. 84.2-9º LC). La actuación de la administración concursal constituye, en este caso, un presupuesto necesario para el nacimiento del crédito. El segundo supuesto está referido a los créditos derivados de contratos pendientes de cumplimiento en el momento de declaración del concurso (art. 84.2-9º LC). En este último, el crédito nace como consecuencia de la ejecución de un contrato bilateral pendiente de cumplimiento que es asumido *ex lege* por el concurso y no depende, para su nacimiento, de la aprobación de la administración concursal, aun cuando la precise para su pago. Pues bien, la plena aplicación del postulado anteriormente enunciado –continuación del derecho a la retribución del administrador tras la declaración de concurso– exige que el crédito pueda ser encuadrado en el segundo supuesto, esto es, en el de los créditos derivados de la ejecución de contratos bilaterales vigentes. En caso contrario, habría que entender que, tras la declaración de concurso, el administrador social tiene derecho a la retribución sólo y en la medida en que la administración concursal lo haya autorizado, o dicho de otra forma, habría que admitir que no se produce una continuación automática del derecho a la retribución reconocido antes de tal declaración.

No obstante, la retribución del administrador no tiene fácil encaje en el supuesto de hecho de los créditos derivados de contratos pendientes de cumplimiento devengados tras la declaración del concurso. Sobre esta cuestión, ha de notarse que, en sus principales aspectos, el régimen concursal de las relaciones contractuales bilaterales no es aplicable a la relación de administración, lo que, a priori, lleva a pensar que, desde la perspectiva de la Ley Concursal, constituye un fenómeno extraño a las mismas. Con todo, no es menos cierto que, en lo que se refiere al tratamiento de los créditos, puede apreciarse la existencia de identidad de razón entre supuestos. La *ratio legis* que, respecto a los contratos bilaterales, justifica que la masa activa deba hacerse cargo de los créditos que correspondan a la parte *in bonis* tras la declaración de concurso reside en el hecho de que, en paralelo, ésta última viene obligada a realizar una prestación que se presume útil para la masa²⁴, lo que, a su vez, es fruto de la continuación *ex lege* de la relación contractual. Tales *razones* concurren, plenamente, en el supuesto al que hacemos referencia, debiendo notarse que, tras la declaración de concurso, el administrador sigue obligado a cumplir una prestación de perfiles similares a la que le correspondía antes de dicha situación. Esto es, la continuación

²⁴ PANTALEÓN, F., «De la clasificación de los créditos», en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid (Marcial Pons), 2004, pg. 502.

del derecho a la retribución armoniza con el principio de regulación que luce en el tratamiento de los créditos derivados de los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento, principio que no parece referido a un supuesto excepcional sino que, más bien, muestra una regla general con vocación de aplicarse a cualquier caso en el que concurra identidad de razón²⁵. Teniendo en cuenta que, respecto a la retribución de los administradores, existe una auténtica laguna legal²⁶, parece razonable integrarla mediante la aplicación del principio enunciado, sin que la ausencia de regulación pueda interpretarse, en este caso, como expresión de una voluntad legislativa contraria a dicha aplicación. Nótese, por otro lado, que un sector muy significativo de nuestra doctrina sostiene la tesis de la naturaleza contractual de la relación de administración²⁷, argumento que, estrictamente en lo que se refiere a los aspectos retributivos, podría justificar la aplicación de la misma regla que preside el tratamiento de los créditos derivados de relaciones contractuales bilaterales pendientes de cumplimiento.

En suma, cabe concluir que el administrador de la sociedad concursada sometida a intervención tiene derecho a seguir percibiendo, con cargo a la masa, la retribución que le hubiera sido reconocida antes del concurso.

Sin perjuicio de lo expuesto, conviene tener en cuenta que la situación de insolvencia de la sociedad concursada puede aconsejar la reducción de dicha retribución como una medida más dentro de la política de recorte de gastos y de prudencia en el uso de los activos que, tras la declaración de concurso, ha de presidir la gestión del patrimonio concursal²⁸. Por otro lado, de acordarse en el concurso el cese total o parcial de la actividad empresarial de la sociedad, parece que, a la correlativa reducción de los cometidos de sus administradores que conllevaría, debería seguir una modificación de su remuneración.

Las decisiones que requieren la adopción de tales cambios han de ser adoptadas por la junta general de la sociedad concursada y autorizadas por la administración concursal²⁹. No es dudoso, en todo caso, que la administración concursal ha de limitar su actuación al control de las decisiones adopta-

²⁵ Desde una perspectiva general, respecto a la aplicación analógica de normas, vid. ROCA TRÍAS, «Comentario al artículo 4 del Código Civil», en Albadalejo/Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid (Edersa), 1992, t. I, pgs. 583 y ss.; SOTO NIETO, «La analogía como método de integración del Derecho», en *Derecho vivo. Jurisprudencia comentada*, Madrid, 1970, pgs. 8 y ss.; LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Rodríguez Molinero (trad.), Barcelona (Ariel), 1994, pgs. 350 y ss.

²⁶ Sobre el particular, vid. VICENT, F., «Norma aplicable, analogía, fraude de Ley «and all that», *RGD*, núm. 615 (1995), pg. 13527.

²⁷ Vid. supra, nota 11.

²⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, pg. 183, ha señalado que la existencia de dificultades económicas podría justificar la negativa de la junta general a reconocer al administrador el derecho a percibir la participación en beneficios reconocida por los estatutos; este criterio, extendido a todos los supuestos de retribución, sería aplicable al caso de insolvencia de la sociedad.

²⁹ Vid. BELTRÁN, E. «art. 48», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 968.

das por la junta general. De ahí que, de apreciarse la necesidad de proceder a la modificación de la retribución, la administración concursal deberá advertirlo a los órganos de la sociedad al objeto de que adopten las medidas que resulten conducentes a este fin, pero no podrá decidir tal modificación. Sin perjuicio de lo dicho, cabe entender que, en aquellos casos en los que la reducción de cometidos de los administradores de la sociedad no vaya seguida de una modificación en su remuneración, la administración concursal podrá, legítimamente, oponerse –mediante su desautorización– a la realización de pagos en concepto de retribución de los administradores, con apoyo en el nexos causal existente entre la prestación del cargo y su remuneración. Igualmente, la administración concursal podrá solicitar del juez del concurso la modificación del régimen de administración del concurso, para pasar del sistema de intervención al de suspensión.

2.2. *La retribución de los administradores en el caso de la sociedad concursada con facultades suspendidas*

En el caso de que se acuerde, en el concurso, la suspensión de las facultades de la sociedad concursada, es razonable entender que se producirá, igualmente, la suspensión del derecho a la retribución que tuvieron sus administradores. Los cometidos residuales que, en esa situación, mantienen tales administradores, no puede justificar una solución parecida a la que se ha propuesto anteriormente.

No obstante, a la vista de las circunstancias concurrentes, puede ser admisible el reconocimiento a tales administradores del derecho a percibir una remuneración moderada en contraprestación por el desempeño de las funciones que todavía les correspondan y, en particular, por el cumplimiento del deber de colaboración con los órganos del concurso³⁰ que, como ya se ha indicado, puede alcanzar una particular intensidad.

Tal retribución debe ser fijada no ya por la junta general sino, directamente, por la administración concursal, criterio que armoniza con la atribución legal a esta última de todas las facultades de administración y disposición de la masa activa en el caso de suspensión³¹. Quizás podría oponerse a esta conclusión la afirmación que se ha realizado en nuestra doctrina, según la cual, la junta general conserva sus competencias durante la tramitación del concurso³². Dicha afirmación es atendible respecto a aquellas competencias que afectan a aspectos básicos de la estructura y organización de la sociedad –modificación de estatutos, nombramiento y separación de administradores,

³⁰ En este sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «art. 42», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 885.

³¹ Vid. BELTRÁN, E., «art. 48», ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 968; VIAÑO, J., «Efectos del concurso sobre el deudor persona jurídica», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS (coord.), *Proceso Concursal Práctico*, Madrid (La Ley), 2004, pg. 271; MORILLAS JARILLO, en *Estudios Olivencia*, III, pg. 2164.

³² En este sentido, VICENT, F., «El concurso de la persona jurídica», en *Estudios Olivencia*, t. IV, pg. 2427.

fusión, escisión, disolución, etc.—³³. No obstante, sin desconocer que la retribución de los administradores constituye una materia que afecta a la propia organización de la sociedad³⁴, no parece que ésa sea la razón determinante de la atribución de esta competencia a la junta. Por el contrario, el fundamento de dicha atribución competencial tiene su fundamento en el conflicto de intereses administradores-sociedad³⁵, criterio que es extensible a la exigencia de constancia estatutaria de la retribución. No tratándose, por lo tanto, de una competencia cuyo ejercicio puede afectar, esencialmente, a la misma estructura y organización interna de la sociedad, no parece que haya obstáculo para admitir la atribución de facultades, en este ámbito, a la administración concursal.

Desde una perspectiva diferente, ha de advertirse que la competencia de la junta general está referida a la retribución que puede reconocerse al administrador por la prestación de gestión de la sociedad. Sucede, sin embargo, que la prestación que puede desempeñar el administrador de la sociedad concursada con facultades suspendidas tiene un alcance mucho más reducido y, desde luego, no puede identificarse con la gestión dirigida a la consecución del objeto social.

Es más, la principal justificación del reconocimiento de una retribución al administrador podría residir en el cumplimiento del deber de colaboración con los órganos del concurso³⁶, deber que tiene su origen en la propia normativa concursal y cuya finalidad no es, en sentido estricto, la satisfacción del interés social sino, más bien, la satisfacción del interés del concurso.

A la luz de estas consideraciones, cabe concluir que, durante la tramitación del concurso, el derecho de los administradores sociales de la sociedad concursada con facultades suspendidas a percibir una retribución ha de descansar en la decisión de la administración concursal, y no en los acuerdos de la junta general, previos o posteriores a la declaración de concurso.

³³ En tales casos, habrá que entender que la competencia decisoria corresponde a la junta general, sin perjuicio de la exigencia de autorización de la administración concursal cuando puedan tener trascendencia patrimonial; Cfr. VICENT, F., en *Estudios Olivencia*, III, pg. 2428.

³⁴ Vid. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., *La fundación de la sociedad anónima*, Madrid (McGraw-Hill), 1997, pgs. 157 y ss.

³⁵ En relación con esta cuestión, no es ocioso poner de relieve que un sector de nuestra doctrina ha defendido la posibilidad de atribuir la competencia al órgano de administración para la determinación de la retribución; vid. en este sentido, LÓPEZ DE MEDRANO, F., *RGD*, 1992, pgs. 10142 y 10147 y ss.; LLEBOT, O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid (Civitas), 1996, pg. 111; JUSTE, J., «Retribución de consejeros», en Esteban VELASCO (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid (Marcial Pons), 1999, pg. 515; TUSQUETS, F., *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Madrid (Civitas) 1998, pgs. 137-138.

³⁶ Sobre el derecho de los sujetos que han de prestar el deber de colaboración a percibir una retribución, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «art. 42», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 885.

3. Las cláusulas indemnizatorias previstas para el supuesto de separación sin justa causa

Un sector de nuestra doctrina mercantil ha admitido la posibilidad de reconocer al administrador el derecho a percibir una indemnización en el supuesto de separación sin justa causa³⁷. Tal criterio, aparentemente opuesto al sostenido por el Tribunal Supremo en alguna resolución³⁸, parte de la hipótesis de que la indemnización forma parte del «paquete retributivo» que puede negociarse con el administrador. De tal planteamiento se deriva la exigencia de que el derecho a la indemnización esté previsto en los estatutos³⁹, bajo sanción de nulidad. A lo dicho habría que añadir que la indemnización debe ser adecuada a las circunstancias concurrentes –recursos de la sociedad, retribución reconocida al administrador–, sin que, en ningún caso, pueda constituir un obstáculo relevante al ejercicio, por la junta general, de la facultad de separación *ad nutum* del administrador⁴⁰. Es más, cabe entender que tal retribución ha de tener la finalidad de procurar al administrador una justa compensación por los perjuicios derivados del cese en el cargo, sin que pueda constituir un instrumento dirigido a «penalizar» el ejercicio, por la junta general, de la facultad de libre separación.

La cuestión que conviene plantearse es si, partiendo de la hipótesis de que la tesis anteriormente expuesta sea correcta, lo que no es pacífico en nuestro ordenamiento, la cláusula indemnizatoria regiría, igualmente, en el caso de que fuera declarado el concurso de la sociedad. De entrada, las dudas de licitud que plantea el supuesto por su posible contrariedad con el principio de libre separación de los administradores, se acrecientan en el caso de

³⁷ Con matices distintos, entre otros, IGLESIAS PRADA, J. L., *Administración*, pg. 245; RUBIO, J., *Curso de sociedades anónimas*, Madrid, 1974, pg. 285; LÓPEZ DE MEDRANO, F., *La separación de los administradores*, pg. 271; EMBID IRUJO, J. M., «Revocación de consejero delegado en una sociedad anónima, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 30 de diciembre de 1992», *La Ley*, 1993, 3, pg. 401; GARRIGUES/URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, pg. 82; POLO SÁNCHEZ, E., *Los administradores*, pg. 223. Otros autores, en fin, admiten tal posibilidad, siempre y cuando esté prevista en los estatutos sociales, y sujeta a ciertos límites; así, SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, pgs. 206 y ss. y pgs. 500-501; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «Los pactos de indemnización del administrador cesado», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid (Civitas), 1996, t. III, pgs. 1808 y ss.; ARANGUREN, F., «Órganos de la Sociedad de Responsabilidad Limitada», en GARRIDO DE PALMA (dir.), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1996, t. I, pg. 1395; GARRIGUES/URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, pg. 82.

³⁸ Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1992; sobre la misma, vid., EMBID IRUJO, J. M., *La Ley*, 1993, 3, pg. 401; SALINAS ADELANTADO, C., «La problemática de los contratos blindados o paraguas dorados en la acumulación de las figuras de consejero-delegado y de director general», *RGD*, núm. 584 (1993), pg. 4994.

³⁹ De esta opinión, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, pgs. 206 y ss. y pgs. 500-501; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., en *Estudios Menéndez*, III, pgs. 1808 y ss.; ARANGUREN, F., en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, pg. 1395.

⁴⁰ Vid. ESTEBAN VELASCO, G., «La administración de la Sociedad de Responsabilidad Limitada», en PAZ-ARES (coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*, Madrid (Fundación Cultural del Notariado), 1997, pgs. 757-758; SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, pg. 208.

que la sociedad se encuentre en situación de insolvencia. Nótese, así, que la carga económica derivada de la cláusula estatutaria puede resultar excesivamente gravosa para la sociedad, impidiendo que esta última, en virtud de acuerdo de la junta general, pueda disponer, libremente, del cargo del administrador.

Abstracción hecha de las consideraciones expuestas, en el caso de que la sociedad tenga sus facultades intervenidas, los mismos argumentos que fundamentan el mantenimiento del derecho a la retribución de los administradores podrían servir para justificar, igualmente, el funcionamiento de la cláusula indemnizatoria tras la declaración de concurso⁴¹. De esta forma, el administrador tendría derecho no sólo a la retribución por la prestación del cargo tras la declaración de concurso, sino, igualmente, a la indemnización prevista en los estatutos en el caso de ser cesado sin justa causa. No obstante, la cuestión dista de ser tan diáfana.

El primer obstáculo que se plantea en este ámbito es la falta de previsión de tal indemnización en la regulación concursal de los créditos contra la masa, que sólo incluye entre los mismos a las indemnizaciones de naturaleza laboral y a aquellas que derivan de la resolución voluntaria por interés del concurso o por incumplimiento de los contratos bilaterales (art. 84.2-5º y 6º LC). No obstante, debe notarse que, en nuestra doctrina, se ha sostenido la posibilidad de considerar como créditos contra la masa a aquellos que deriven del ejercicio de la facultad de desistimiento del contrato atribuida por la Ley a una de las partes, considerando que el desistimiento vendría a constituir una modalidad de resolución voluntaria⁴². La aplicación de tal criterio permitiría superar el obstáculo apuntado, partiendo de la premisa de que la revocación del administrador constituye, en definitiva, un desistimiento unilateral de la sociedad en ejercicio de una facultad concedida por la Ley⁴³.

La duda más relevante tiene que ver, sin embargo, con los efectos que se derivan de la limitación de facultades de la sociedad concursada y su incidencia en el supuesto que aquí se analiza. Antes de avanzar en la exposición, es oportuno advertir que el hecho que desencadena el nacimiento del derecho a la indemnización es un negocio extintivo realizado tras la declaración de concurso. En el caso de los contratos con obligaciones recíprocas, el negocio extintivo –la resolución voluntaria o el desistimiento unilateral– requiere la autorización de la administración concursal⁴⁴. Sin embargo, en el caso de la separación del administrador, la regla de la que ha de partirse es

⁴¹ En nuestra doctrina, TRUJILLO, I. J. «Contratos del personal de alta dirección (art. 65)», en BERCOVITZ (coord.), *ComLC*, I, pg. 771, afirma el derecho del administrador a percibir la indemnización prevista en estatutos, una vez declarado el concurso.

⁴² De esta opinión, CORDERO LOBATO, E., «Créditos concursales y créditos contra la masa (art. 84)», en BERCOVITZ (coord.), *ComLC*, I, pg. 999.

⁴³ Vid. en torno a esta cuestión, LÓPEZ DE MEDRANO, F., *La separación de los administradores*, pgs. 130-134.

⁴⁴ Vid., *infra*, nota 73.

la inversa; esto es, el cese del administrador constituye una facultad de la junta general⁴⁵ para cuyo ejercicio no es necesaria la autorización de la administración concursal⁴⁶. Es obvio, sin embargo, que el nacimiento del derecho a la indemnización que, de acuerdo con lo previsto por los estatutos, corresponde al administrador cesado, no puede descansar en la exclusiva voluntad de la sociedad concursada, expresada en el acuerdo de la junta general adoptado tras la declaración del concurso, siendo necesaria, por el contrario, la aceptación de la administración concursal. A partir de ahí, la cuestión que ha de plantearse es si la autorización de la administración concursal sería un requisito necesario para la eficacia del acuerdo de separación o si, por el contrario, sólo afectaría al derecho a percibir la indemnización. No parece que pueda acogerse la primera tesis, en la medida en que supone conceder a la administración concursal la facultad de vetar la separación del administrador de la sociedad, acordada por la junta general, imponiendo la continuación de la relación de administración. Se trata, sin embargo, de la única que permitiría dar virtualidad a la cláusula indemnizatoria porque, según lo expuesto, de concurrir la autorización de la administración concursal, se produciría el cese del administrador y el nacimiento del derecho de este último a percibir la indemnización con cargo a la masa activa, mientras que, de faltar la misma, el cese sería ineficaz. La segunda tesis, plenamente respetuosa con el derecho de la sociedad a decidir, libremente, la composición de su órgano de administración, compromete la eficacia de la cláusula indemnizatoria. Al respecto, debe notarse que, según dicha tesis, la falta de aceptación de la administración concursal no afecta al cese, que sería efectivo en virtud del acuerdo de la junta general, sino, solamente, al derecho del administrador a percibir la indemnización con cargo a la masa. El silencio de la Ley Concursal no permite dar una respuesta absolutamente concluyente en torno a la cuestión enunciada, generando una inseguridad que no juega, precisamente, en favor de la funcionalidad de la cláusula indemnizatoria, máxime teniendo en cuenta la falta de certidumbre que, desde una perspectiva general, rodea al supuesto.

Con mayor seguridad, puede afirmarse que la cláusula indemnizatoria no puede tener virtualidad en el caso de que se haya acordado la suspensión de facultades de la sociedad concursada. Dado que la relación de administración no se extingue, no concurre, tampoco, el supuesto de hecho previsto por la cláusula indemnizatoria. No obstante, incluso en el caso de que la sociedad con facultades suspendidas acordase la separación del administrador, habría que negar, como regla general, el derecho a la indemnización. A las razones expuestas anteriormente al tratar del supuesto de la intervención, se añade el hecho que el administrador de la sociedad con facultades

⁴⁵ Vid. en este sentido, VICENT, F., en *Estudios Olivencia*, III, pg. 2428.

⁴⁶ En todo caso, debe notarse que las limitaciones de las facultades de los órganos de la sociedad concursada sólo afectan a las «decisiones de índole patrimonial» (en este sentido, SÁNCHEZ ALVAREZ, M. M., «Efectos personales del concurso», en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coords.), en *ComLC*, pg. 106, siendo evidente que el nombramiento o separación de los administradores no entran en este ámbito.

suspendidas no tiene derecho a seguir percibiendo la retribución que le hubiera sido reconocida antes de la situación de concurso, cuya pérdida trata de resarcirse a través de la cláusula indemnizatoria. Por otro lado, desde la perspectiva del interés del concurso, la asunción de la cláusula indemnizatoria carecería de cualquier tipo de justificación.

En otro orden de ideas, partiendo de la premisa que el administrador tuviera derecho a la indemnización prevista por los estatutos, sería admisible la reducción de su cuantía en aquellos casos en los que excediera, de forma notoria, del montante de los perjuicios causados. Con ello, se trataría de evitar que la indemnización desplegara una finalidad punitiva, posiblemente contraria al principio de libre separación de los administradores. La aplicación del criterio expuesto permitiría satisfacer los fines legítimos del pacto indemnizatorio –el resarcimiento del perjuicio ocasionado al administrador–, sin rebasar los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, planteamiento que no está lejano del principio de conservación del negocio (art. 1284 CC). Considerando, además, la existencia en el concurso de intereses que van más allá de los privados de las partes, la facultad de moderación de la indemnización podría apoyarse, igualmente, en el principio que informa el régimen concursal aplicable a la relación laboral especial de alta dirección, debiendo advertirse que, entre esta última y la relación de administración, existen paralelismos notables (vid. art. 65.3 LC)⁴⁷.

III. EL RÉGIMEN CONCURSAL APLICABLE A LOS CONTRATOS DE SERVICIOS CELEBRADOS ENTRE EL ADMINISTRADOR Y LA SOCIEDAD CONCURSADA

1. Introducción

En nuestro ordenamiento se admite la posibilidad de que los administradores se vinculen con la sociedad a través de todo tipo de contratos de servicios, siempre y cuando tengan por objeto la realización de actividades distintas al desempeño del cargo⁴⁸.

A título meramente enunciativo, tal objeto puede consistir en la prestación de servicios propios de las profesiones tituladas⁴⁹, en el desarrollo de cargos

⁴⁷ En contra de esta posibilidad, en nuestra doctrina se ha señalado que el régimen concursal de los contratos de alta dirección no es aplicable a los administradores de sociedades (TRUJILLO, I. J., «art. 65», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 771). No obstante, otros autores han admitido la aplicabilidad analógica del artículo 65.3 de la Ley Concursal a las cláusulas indemnizatorias establecidas en cualquier tipo de contratos (así, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Resolución por incumplimiento [art. 62]», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1173).

⁴⁸ V. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados*, pg. 307; POLO SÁNCHEZ, E., *Los administradores*, pg. 195; IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación*, pgs. 244-246; ARANGUREN, J., en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, pg. 1340.

⁴⁹ Como ejemplo paradigmático, suele citarse el del abogado; así, SÁNCHEZ CALERO, F. *Administradores*, pg. 165; ESTEBAN VELASCO, G., en *Tratando de la Sociedad Limitada*, pg. 746.

de dirección técnica o de otro tipo de actividades en el marco de una relación laboral⁵⁰ o en la promoción continuada de operaciones de comercio (agencia)⁵¹. En otro caso, tal contrato no tendrá como consecuencia la constitución de una relación jurídica distinta a la de administración y, en la mayoría de los casos, habrá que entender, además, que es nulo por infringir la normativa reguladora del estatuto jurídico del administrador⁵². Precisamente este problema –la coincidencia de objetos– ha llevado a negar a la jurisprudencia social dominante y a un amplio sector de la doctrina la posibilidad de acumular al cargo de administrador una relación laboral especial de alta dirección⁵³. No obstante, debemos advertir que dicha tesis sólo se ha aplicado, de forma uniforme, a los administradores con facultades de carácter ejecutivo; por el contrario, el Tribunal Supremo ha admitido, en ocasiones, la compatibilidad de la relación laboral especial de alta dirección con el cargo de vocal del consejo de administración⁵⁴.

Al margen de las cuestiones enunciadas, interesa destacar que estamos ante contratos sinalagmáticos que entran, derechamente, en el ámbito de las normas concursales aplicables a las relaciones contractuales de carácter bilateral (arts. 61 y ss. LC). De ahí, que el tratamiento concursal que haya de darse a este tipo de supuestos difiera, sustancialmente, del régimen aplicable a la relación de administración.

Desde la perspectiva concursal, la única particularidad de las relaciones contractuales de servicios entre administradores y sociedad reside en la especial vinculación existente entre la parte *in bonis* –los administradores sociales– y la parte concursada –la sociedad–. De tal vinculación derivan algunas especialidades de tratamiento expresamente previstas por la Ley Concursal. Nótese, en todo caso, que si en el ámbito de las sociedades mercantiles la privilegiada posición del administrador societario ha exigido el establecimiento de algunos mecanismos de control preventivo y represivo tendentes a la protección del interés social, en el ámbito concursal la protección del

⁵⁰ De forma matizada, SALA FRANCO, T., *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Bilbao (Deusto), 1990, pg. 32; ESTEBAN VELASCO, G., en *Tratando de la Sociedad Limitada*, pg. 747; TRUJILLO, I. J., «art. 65», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 77.

⁵¹ Sobre la compatibilidad de la relación de agencia, v. SÁNCHEZ GIMENO, S., *Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de sociedades de capital*, Madrid (Marcial Pons), 2004, pgs. 81 y ss.; en la doctrina italiana, vid. ROTONDI, M., *Il contratto di agenzia nella giurisprudenza*, Milano, 1989, pgs. 341-342.

⁵² V. la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1992; EMBID IRUJO, J. M., *La Ley*, 1993, 3, pgs. 397 y ss.

⁵³ Vid., entre otros, ESTEBAN VELASCO, G., *Tratando de la Sociedad Limitada*, pg. 750, nota 112; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., en *Estudios Menéndez*, III, pgs. 1796 y ss.; ALCOVER GARAU, G., «La retribución de los administradores de las sociedades de capital (coordinación de su régimen jurídico mercantil, laboral, tributario y contable)», *RdS*, 1995, pgs. 135 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, pgs. 63 y 165; RONCERO SÁNCHEZ, A., en *Manuales de la Reforma Mercantil en España*, pg. 348; TUSQUETS, *La remuneración de los administradores*, pgs. 273 y ss.

⁵⁴ Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2000 y de 18 de diciembre de 2000.

interés del concurso puede demandar, igualmente, el establecimiento de cautelas adicionales. Este planteamiento no es, en absoluto, desconocido por la Ley Concursal, que, en lo que se refiere al régimen de clasificación de los créditos y a la regulación de la acción rescisoria concursal, ha tomado en consideración la «especial relación» existente entre la sociedad y sus administradores, con el consiguiente riesgo de actuaciones contrarias al interés colectivo de los acreedores. Cuestión distinta es si los dispositivos de control establecidos por la normativa concursal garantizan, en todos los casos, la protección del interés del concurso frente a este tipo de supuestos y si son proporcionados a los fines pretendidos o, en ocasiones, resultan excesivos⁵⁵. En cualquier caso, conviene no ignorar que las relaciones contractuales entre administradores y sociedad gozan de amplia difusión en el ámbito empresarial y, en la mayoría de los casos, vienen a satisfacer necesidades perfectamente legítimas. De ahí la necesidad de adoptar una posición equilibrada en este ámbito, sobre todo si, como anuncia la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal, la nueva regulación se inclina por favorecer la continuación de la actividad empresarial del concursado.

En orden a analizar las consecuencias que se derivan de la aplicación, al supuesto, del régimen concursal de los contratos bilaterales, conviene que distingamos entre relaciones en las que una de las partes ha cumplido sus obligaciones y relaciones en las que las obligaciones de ambas partes están pendientes de ejecución en el momento de declaración del concurso.

2. La falta de cumplimiento por una de las partes en el momento de la declaración del concurso

La primera hipótesis que puede plantearse es que, en el momento de declaración del concurso, el administrador haya prestado íntegramente el servicio pactado, faltando el cumplimiento de la sociedad –pago de la retribución–. En tal caso, habrá que entender que el administrador tiene un crédito contra la sociedad por la retribución pendiente de pago que habrá de incluirse en la masa pasiva del concurso, esto es, que tendrá naturaleza concursal, quedando sometido a la Ley del dividendo, de acuerdo con la clasificación que le corresponda⁵⁶.

Si, por el contrario, la sociedad, en virtud de lo pactado, ha anticipado el

⁵⁵ V. en sentido crítico, ALONSO LEDESMA, C., «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», en GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA, *Estudio sistemático de la Ley 22/2003*, pgs. 393 y ss. La autora, si bien reconoce que en la realidad empresarial son frecuentes los casos en los que los administradores favorecen sus intereses en detrimento de los de los acreedores, critica el automatismo que caracteriza al régimen concursal de subordinación de los créditos de las personas especialmente relacionadas, abogando por un sistema distinto, en el que, con inversión de la carga de la prueba, sea preciso probar «la existencia de una situación de patente injusticia entre los acreedores internos y externos».

⁵⁶ V. VILA FLORENSA, P., «art. 61», en SALA/MERCADAL/ALONSO-CUEVILLAS, *Nueva Ley Concursal*, pgs. 326-327; GÓMEZ MENDOZA, M., «art. 61», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, II, pgs. 1148-1149.

pago del precio del servicio faltando el cumplimiento del administrador, declarado el concurso habrá que entender que la sociedad –que ya ha cumplido con su obligación– tiene un crédito contra el administrador por la prestación de hacer a cuya realización este último se ha comprometido, que quedará integrado en la masa activa del concurso⁵⁷.

El cumplimiento podrá ser exigido por la sociedad concursada, en caso de intervención de facultades, o por la administración concursal, en el caso de suspensión de las mismas. En el primer caso –intervención de facultades– puede plantearse un conflicto de intereses en el ejercicio de las competencias de gestión y representación de la sociedad que corresponden a sus administradores y ello porque corresponderá a estos últimos reclamar el cumplimiento, siendo la parte *in bonis* uno de tales administradores. Frente al problema apuntado, la normativa concursal ofrece soluciones suficientemente eficaces. Así, si el administrador de la sociedad no cumple con su prestación, la administración concursal puede, en defecto de la sociedad, solicitar autorización al juez del concurso⁵⁸ para ejercitar la acción judicial de cumplimiento o la de resolución del contrato y, en ambos casos, la de resarcimiento de daños y perjuicios (arts. 54.2 y 62.2 LC)⁵⁹.

Distinto de este caso es aquel en el que se advierte que la falta de cumplimiento del administrador deriva de la existencia de un pacto interno existente en la génesis del contrato, por el cual, ambas partes entienden inexistente la obligación de prestación de los servicios. Se trata de un supuesto de simulación cuyo tratamiento debe reconducirse al ámbito de las acciones de nulidad o, en su caso, de la acción rescisoria. A ello nos referiremos en otro apartado.

En lo estrictamente referido a la acción de resolución por incumplimiento, puede plantearse un problema derivado del hecho de que el artículo 62.1 de la Ley Concursal sólo parece contemplar dicha acción para supuestos de incumplimiento posterior a la declaración de concurso o para supuestos de incumplimiento anterior respecto a relaciones contractuales de tracto sucesivo. De aplicar la norma en su literalidad, no cabría el ejercicio de la acción de resolución en aquellos casos en los que el incumplimiento del administrador hubiera sido anterior a la declaración de concurso y la relación fuera de tracto único. No obstante, existen razones para considerar que la limitación prevista por el artículo 62.1 de la Ley Concursal juega sólo

⁵⁷ El supuesto no cae en ninguna de las presunciones de perjuicio establecidas por el artículo 71 de la Ley Concursal y, en particular, del supuesto de pago anticipado de obligaciones con vencimiento posterior a la declaración de concurso; ello no obsta, sin embargo, para su rescisión, siempre que se acredite la existencia de perjuicio (v. GIL RODRÍGUEZ, J., «art. 71», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pgs. 857 y ss.).

⁵⁸ V. MARÍN LÓPEZ, M. J., «Ejercicio de acciones del concursado (art. 54)», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pgs. 550 y ss.

⁵⁹ Nótese que en el sistema diseñado por la Ley Concursal, la resolución por incumplimiento requiere el ejercicio de una acción judicial; al respecto, MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «art. 62», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1166.

respecto a la parte *in bonis* que ha cumplido íntegramente sus obligaciones y no respecto al concursado. Así, parece lógico que el incumplimiento del deudor anterior a la declaración del concurso sólo faculte a la parte *in bonis* para incluir su crédito en la masa pasiva del concurso, puesto que, en caso contrario, se estaría abriendo una vía para eludir la aplicación de la *par conditio creditorum*. Esa misma razón no es válida, sin embargo, cuando el incumplimiento es imputable a la parte *in bonis*; dicho incumplimiento no está motivado por la situación de insolvencia y, con independencia del momento en que se haya producido, facultará al deudor para exigir el cumplimiento sin someterse a ninguna limitación⁶⁰.

3. Los contratos de duración y aquellos en los que falta el cumplimiento de ambas partes en el momento de la declaración del concurso

3.1. La regla de continuación de los contratos

La Ley Concursal prevé la continuación de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes tras la declaración de concurso (art. 61.2 LC)⁶¹. El supuesto es aplicable tanto a contratos de tracto único en los que ninguna de las partes haya cumplido sus respectivas obligaciones, como a contratos de tracto sucesivo que estén vigentes en el momento de declaración del concurso⁶².

En la mayoría de los casos, los contratos de servicios entre administradores y sociedad tienen carácter duradero y no se agotan en una sola prestación. Por ello, cabe afirmar que, como regla general, las relaciones de servicios establecidas entre la sociedad y sus administradores continuarán tras la declaración de concurso. Esto es, ambas partes deberán seguir cumpliendo sus respectivas obligaciones, sin que ninguna de ellas quede facultada, por la mera declaración del concurso, para suspender el cumplimiento o para poner fin a la relación contractual. Las prestaciones de la sociedad concursada deberán cumplirse con cargo a la masa.

⁶⁰ MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «art. 62»; ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1164; GÓMEZ MENDOZA, M., «art. 61», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, II, pg. 1151.

⁶¹ La justificación de esta regla reside, en opinión de GARCÍA VICENTE, J. R., «Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61)», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pgs. 674-675, en el valor intrínseco de los contratos, que «constituye un activo del patrimonio concursal con el que los acreedores pueden contar para satisfacer sus créditos» y que es congruente con la continuación de la actividad empresarial del concursado. Dicha opinión quizás debiera matizarse, dado que la consideración de los contratos como un «activo» sólo es cierta si tales contratos son beneficiosos para el concurso y, con claridad, deja de serlo en caso contrario. Precisamente por ello, en el Derecho comparado, la regla general es la de conceder a la administración concursal la facultad de opción; vid. GÓMEZ MENDOZA, M., «art. 61», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, II, pgs. 1144-1145. Se trata del mismo criterio que, con ciertos matices, informaba los Anteproyectos de Ley Concursal de 1983 y 1996.

⁶² V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «art. 61», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1127.

En esta misma dirección, debe recordarse que la Ley Concursal declara ineficaces aquellas cláusulas contractuales que establezcan la facultad de resolución o extinción del contrato «por la sola causa de la declaración del concurso de cualquiera de las partes» (art. 61.3 LC). De ahí que dicha posibilidad quede limitada, hoy en día, a aquellos supuestos en los que un precepto legal atribuya, de forma expresa, la facultad de resolución o prevea la extinción automática de la relación. En el ámbito al que nos referimos, esta hipótesis podría plantearse en supuestos de vinculación entre el administrador y la sociedad a través de una relación de agencia, cuya normativa reguladora prevé, expresamente, tal facultad (art. 26.1.b LCA)⁶³.

Como es notorio, la regla de continuación automática de los contratos bilaterales ha supuesto un cambio drástico en el régimen aplicable bajo el imperio de la normativa anterior en materia de quiebra. Pese a la inexistencia de norma expresa que así lo estableciera, la doctrina se manifestó unánimemente en el sentido de considerar que tales contratos debían ser asumidos por la sindicatura de la quiebra; en caso contrario, la *parte in bonis* podía ejercer la facultad de no cumplimiento o de resolución del contrato por incumplimiento⁶⁴. Tal solución brindaba una mayor tutela a los intereses de los acreedores que la que ahora preconiza la vigente Ley Concursal.

Dicho lo que antecede, ha de señalarse que si, en general, la regla de continuación automática de los contratos es problemática en la medida en que no siempre responde al interés del concurso⁶⁵, mucho más ha de serlo cuando la continuación se produce respecto a contratos celebrados con personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 93 LC). La regla de continuación automática de los contratos no tiene excepciones y resulta aplicable, por lo tanto, a los contratos celebrados por el concursado con personas especialmente relacionadas. No obstante, las particularidades del supuesto habrían justificado atribuir a la administración concursal la facultad de opción respecto a la continuación o no del contrato, aplicando el mismo criterio que constituye la regla general en el Derecho comparado y que, en nuestro país, había sido igualmente aplicada en la quiebra. En esta dirección, no está de más recordar que la Ley Concursal ha establecido reglas especiales de calificación de los créditos y ha creado una nueva acción

⁶³ V. MAIRATA LAVIÑA, J., en *Estudio sistemático de la Ley 22/2003*, pg. 313.

⁶⁴ V. sobre el particular, RAMÍREZ, J., *La quiebra*, 2ª edición, Barcelona (Bosch), 1998, II, pgs. 1253 y ss.; FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid (Civitas), 1992, pgs. 43 y ss.; GARCÍA VILLAVARDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y de la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales y pendientes de ejecución», en *Estudios Menéndez*, III, pgs. 3521 y ss.

⁶⁵ Desde una perspectiva general, GÓMEZ MENDOZA, M., ha subrayado el inconveniente que plantea la indiscriminada regla de continuación de los contratos, en la medida en que permite la continuación de contratos desventajosos para la masa (v. de la autora, «art. 61 », en SANCHEZ CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, II, pg. 1153). Sobre la necesidad de hacer prevalecer el interés del concurso en esta materia, v. FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra*, pgs. 172-173.

rescisorias concursales aplicables a supuestos en los que la vinculación que determinadas personas tienen con el concursado plantea un riesgo evidente de lesión del interés colectivo de los acreedores. En suma, el automatismo que caracteriza a la solución propugnada por el legislador concursal español se traduce en una reducción de la tutela del interés del concurso que no está justificada y que, claramente peca por defecto. No es comprensible, por otro lado, este criterio, si se compara con el rigor que luce en el régimen concursal de subordinación automática de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas, que, en este caso, puede pecar por exceso, yendo más allá de lo que estrictamente demandaría la protección del interés del concurso. Tanto en un caso como en otro, habría sido más oportuna la aplicación de una solución flexible, tendente a permitir a la administración concursal y al juez del concurso la adopción de las medidas que, en cada caso, y en atención a las circunstancias concurrentes, exigiera la protección del interés de la masa⁶⁶.

La aplicación de tal criterio habría sido particularmente oportuna en el caso de los contratos celebrados entre la sociedad concursada y sus administradores. El riesgo que se plantea en este tipo de supuestos no es sólo que el concursado celebre determinados contratos con personas con las que tenga una especial relación con la intención de favorecerlas, en perjuicio del interés colectivo de los acreedores, o, más frecuentemente, de utilizar este tipo de contratos para dar cobertura formal a actos tendentes a eludir sus responsabilidades patrimoniales. Además, existe otro riesgo derivado del genérico conflicto de intereses administradores-sociedad, con particular incidencia en el ámbito de los contratos de servicios⁶⁷, que puede desembocar en un abuso efectivo de las facultades de administración en perjuicio de la sociedad. La cuestión del conflicto de intereses administrador-sociedad viene constituyendo una preocupación constante en el ámbito del gobierno de las sociedades que ha dado lugar a numerosas propuestas de códigos éticos y a modificaciones, de cierto calado, en la normativa aplicable a las sociedades de capital⁶⁸. Respecto a la importancia de este asunto en materia

⁶⁶ Como se ha señalado en la doctrina, respecto al régimen de subordinación de los créditos, a través de esta técnica legislativa se ha pretendido reducir el margen de discrecionalidad del juez del concurso, evitando así la mayor inseguridad en la aplicación de la Ley que se derivaría del establecimiento de soluciones más flexibles; como es notorio, no está ausente de dicha pretensión una cierta desconfianza hacia el sistema judicial español (en este sentido, ALONSO LEDESMA, C., en *Estudio sistemático de la Ley 22/2003*, pgs. 393 y ss.).

⁶⁷ V. POLO SÁNCHEZ, E., en *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad*, pg. 60.

⁶⁸ En nuestro país, la propuesta más reciente es la representada por el Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y en las Sociedades Cotizadas de 8 de enero de 2003 (Informe Aldama), que dio lugar a la modificación de la Ley de Sociedades Anónimas y Ley del Mercado de Valores operada por la Ley 26/2003, de 17 de julio (v. MICÓ, J., «Apuntes sobre la Ley Financiera y el Informe Aldama», en *La Notaría*, Colegio de Notarios de Cataluña, 1 (2003), pgs. 75 y ss.) respecto al Informe Olivencia de 1998, v. ESTEBAN VELASCO, G., en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, pgs. 137 y ss.; ALONSO UREBA, A., en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, pgs. 95 y ss.

concurzal, es notorio que las prácticas poco atentas con el interés social en dicho ámbito se traducen, de forma inmediata, en una lesión del patrimonio social⁶⁹ y, obviamente, en caso de insolvencia de la sociedad, han de perjudicar, necesariamente, al interés de los acreedores. No obstante, el legislador de la Ley Concursal no ha prestado especial atención a esta cuestión, lo que se ha traducido en la inexistencia de excepciones a la regla de continuidad de los contratos y en la falta de dispositivos adecuados de control que vengan a suplir tal carencia.

3.2. *La resolución por interés del concurso*

3.2.1. El interés del concurso

La Ley Concursal ha establecido un específico cauce de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes cuando así lo justifique el interés del concurso (art. 61.2 LC). La norma constituye una cláusula de salvaguardia del interés de los acreedores en un sistema que, como el nuestro, prevé la continuación automática de las relaciones contractuales, sin dejar tal decisión a la valoración de los órganos del concurso⁷⁰.

La primera cuestión a dilucidar reside en determinar qué se entiende, a los efectos que nos ocupan, por interés del concurso, o, dicho de otra forma, qué circunstancias deben concurrir para que pueda considerarse justificada la resolución del contrato. El interés del concurso es un concepto funcional que ha de ponerse en relación con el fin último del procedimiento concursal, esto es, con la satisfacción de los créditos de los acreedores. Por consiguiente, a la hora de decidir la resolución de los contratos –cuya continuación se produce, en principio, de forma automática– habrá que considerar, únicamente, si la adopción de esta medida puede aumentar las posibilidades de cobro de los créditos a través de los instrumentos que prevé la Ley Concursal –convenio o liquidación–⁷¹. Dicha valoración, realizada con criterios de oportunidad, no puede realizarse, únicamente, verificando si la contra-prestación que ha de satisfacer la parte *in bonis* tiene un valor de mercado, al menos, equivalente, al de la prestación que ha de satisfacer el concursado. Habrá que tener en cuenta, además, si la prestación que ha de satisfacer la parte *in bonis* puede ser útil al concurso porque sea necesaria para la conser-

⁶⁹ En este punto, es oportuno subrayar que según destacadas opiniones doctrinales, el control del conflicto de intereses en el plano societario tienen la principal finalidad de proteger el patrimonio social; v. en este sentido, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El conflicto de intereses en la sociedad limitada», en RODRÍGUEZ ARTIGAS y otros (coords.), *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid (McGraw-Hill), 1996, pg. 685; GAMBINO, P. G., «La disciplina del conflitto di interessi del socio», *riv. dir. comm.*, 1969, I, pg. 421.

⁷⁰ De esta opinión, GÓMEZ MENDOZA, M., «art. 61», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, I, pg. 1154, señalando, expresamente, que «el interés del concurso se identifica matizadamente con la maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la satisfacción (cobro) de los acreedores».

⁷¹ V. GARCÍA VICENTE, J. R., «art. 61», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 673; MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «art. 61» en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1147.

vacación de los bienes o derechos integrados en la masa activa o, en el caso que nos ocupa, para la continuación de la actividad empresarial. Y, lógicamente, el beneficio –utilidad– que para el concurso supone el cumplimiento del contrato deberá ser igual o superior al del sacrificio que ha de asumirse –coste de la contraprestación que ha de satisfacerse con cargo a la masa activa–⁷². En última instancia, será de interés del concurso todo contrato que, potencialmente, pueda contribuir a incrementar o, al menos, conservar el valor de la masa activa y, en definitiva, las posibilidades de cobro de los créditos.

En lo que se refiere a los contratos de servicios celebrados entre los administradores sociales y la sociedad concursada, habrá que aplicar los mismos criterios de valoración. Es decir, deberá verificarse si la contraprestación que ha de satisfacer la sociedad concursada tiene un valor de mercado equivalente o menor al de los servicios que ha de prestar el administrador y si la utilidad que de estos últimos puede obtener el concurso (conservación o aumento de valor de la masa activa), es igual o superior a su coste. Nótese, así, que la resolución podría solicitarse respecto a contratos de servicios cuyas condiciones fueran equitativas y ajustadas a valores de mercado, por entender, por ejemplo, que, debido al redimensionamiento de la actividad empresarial y a la necesidad de reducir costes, tales servicios ya no son idóneos. Igualmente, cabría la resolución en supuestos en los que el concursado o la administración concursal entendiesen posible obtener en el mercado mejores condiciones o prestaciones más adecuadas a las circunstancias concurrentes⁷³.

3.2.2. Los sujetos legitimados

La resolución requiere de la existencia de acuerdo entre el concursado (en el caso de intervención de facultades) o la administración concursal (en el caso de suspensión de facultades) y la parte *in bonis*. Dicho acuerdo deberá expresarse en la comparecencia a la que serán convocadas las partes y la administración concursal, siendo aprobado en virtud del auto dictado por el juez del concurso⁷⁴. Si no existe acuerdo entre las partes, corresponderá al juez del concurso decidir si concurren las circunstancias justificativas de la resolución.

⁷² GARCÍA VICENTE, J. R., apunta como contrarios al interés del concurso, los negocios en los que el coste de cumplimiento sea superior al valor del contrato (v. del autor, «art. 61», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 699); en parecidos términos, haciendo referencia a la necesidad de comparar el crédito y la deuda que nacen del contrato, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «art. 61» en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1147.

⁷³ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «art. 61» en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1148.

⁷⁴ En caso de acuerdo entre las partes, el juez del concurso debe autorizar la resolución, careciendo de competencia para oponerse a la misma, aún en el caso de que estime que no es una solución satisfactoria; vid. en este sentido, PINTÓ RUIZ, J. J., «Incidencia de la Ley Concursal en la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas», *RDM*, núm. 252 (2004), pgs. 679-680; GARCÍA VICENTE, J. R. «art. 61», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 703.

En el caso de intervención de facultades, a priori, corresponde a la sociedad concursada la promoción de la resolución del contrato de servicios celebrado con uno de sus administradores. Aparentemente, podría plantearse de lo dicho un problema de conflicto de intereses, dado que la competencia para decidir dicha resolución ha de entenderse integrada en las competencias del órgano de administración. No obstante, las medidas establecidas por la normativa concursal son suficientemente eficaces para evitar los riesgos derivados de dicho conflicto. Así, ha de notarse que, por un lado, la exigencia de autorización de la administración concursal para hacer efectiva la resolución promovida por la sociedad concursada –inherente a todo supuesto de intervención– minimiza el riesgo⁷⁵. Por otro lado, en el caso de que la sociedad concursada no promueva la resolución, la administración concursal puede recabar la autorización del juez del concurso para solicitarla (art. 54.2 LC)⁷⁶.

3.2.3. Los efectos de la resolución

La resolución por interés del concurso conlleva o puede conllevar unas consecuencias de orden restitutorio e indemnizatorio que conviene analizar. Como criterio preferente, regirá en esta materia el acuerdo entre las partes. A falta de dicho acuerdo, tales cuestiones deberán ser resueltas por el juez del concurso que ponga fin al incidente concursal (art. 61.2 LC)⁷⁷.

Como consecuencia de la resolución, las partes deberán restituirse, con cargo o a favor de la masa⁷⁸, las prestaciones realizadas, regla que, en el caso de los contratos de tracto sucesivo habrá que entender referida, exclusivamente, a aquellos supuestos en los que una de las partes haya cumplido sin obtener, todavía, el cumplimiento de la contraria⁷⁹.

Más problemática resulta la cuestión de la indemnización con cargo a la

⁷⁵ No obstante, MARTÍNEZ FLÓREZ entiende que dicha autorización no es preceptiva, indicando, no obstante, que la administración concursal deberá manifestar su parecer en la comparecencia que, una vez solicitada la resolución, deberán ser citadas todas las partes (v. de la autora «art. 61», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1149); sostiene la necesidad de autorización GARCÍA VICENTE, J. R., «art. 61», en BERCOVITZ, *ComLC*, pg. 700; PINTÓ RUIZ, J. J., *RDM*, 2004, pgs. 679-680; HERRERO, F., «Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61)», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, *Derecho concursal práctico*, pg. 328; SALELLES, J. R., «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: consideraciones sobre el régimen establecido por el artículo 61 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio)», en *Estudios Olivencia*, III, pg. 3178.

⁷⁶ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «art. 61» en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1150; PIÑEL, E., «Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa», *RDCP 2005*, 2, pg. 42; HERRERO, F., «art. 61» en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, *Derecho concursal práctico*, pg. 328.

⁷⁷ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «art. 61» en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1153.

⁷⁸ V. GARCÍA VICENTE, J. R., «art. 61», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 700; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «art. 61», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1154.

⁷⁹ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «art. 61», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, pg. 1154.

masa que prevé la Ley Concursal⁸⁰. El reconocimiento del derecho a percibir tal indemnización muestra una voluntad del legislador de proteger al contratante *in bonis* que todavía no ha realizado su prestación, en aquellos casos en los que el interés del concurso justifica la resolución del contrato. La doctrina ha subrayado que tal previsión es incoherente⁸¹ y puede convertir a la resolución en interés del concurso en un instrumento de escasa utilidad⁸², debiendo recordarse que estaba destinada a proteger tal interés en un sistema de «continuación automática» de los contratos bilaterales. Dicha afirmación ha de realizarse con particular rotundidad respecto a los contratos entre administradores y sociedad, debiendo notarse que, con cierta frecuencia, el administrador resulta favorecido con el reconocimiento de una retribución u otros beneficios alejados de las condiciones normales de mercado. Frente a esta crítica, podría alegarse que tales contratos serían susceptibles de rescisión concursal. No obstante, como veremos, esto no es necesariamente así.

Sucedee, además, que la normativa concursal no ha establecido criterios de cálculo de dicha indemnización. Para determinarlos, es preciso tener en cuenta que la finalidad de tal indemnización no puede ser otra que la de resarcir a la parte no concursada por la resolución del contrato promovida por el concursado o la administración concursal. A falta de disposición que indique lo contrario, parece razonable entender que tales daños son aquellos que se producen como consecuencia de la falta de ejecución del contrato⁸³. En todo caso, tal indemnización deberá comprender el lucro cesante derivado de la extinción del contrato, esto es, la pérdida de las retribuciones que, en caso de continuación de la relación, habría percibido el administrador⁸⁴, deduciendo las retribuciones percibidas o que se pudieran percibir

⁸⁰ En el Derecho francés, el artículo L. 621-32 du *Code de commerce* somete a los créditos indemnizatorios derivados de la resolución del contrato, justificada por la falta de asunción por la administración concursal, al mismo trato que reciben los demás acreedores; por el contrario, en el caso de asunción del contrato, tendrán carácter prededucible; en el Derecho alemán, el párrafo 103.II de la *Insolvenzordnung* establece que en este tipo de supuestos, los créditos indemnizatorios y restitutorios tendrán carácter concursal. En el derecho italiano, la jurisprudencia ha denegado la posibilidad de reconocer a la parte *in bonis* un derecho al resarcimiento. En nuestro país, bajo el imperio de la normativa anterior a la Ley concursal, negaban el derecho al resarcimiento, RAMÍREZ, J., *La quiebra*, pgs. 1276-1277; FINEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra*, pgs. 296 y ss.

⁸¹ V. PANTALEÓN, F., «De la clasificación de los créditos», en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *ComLC*, pg. 504, poniendo de manifiesto el carácter injustificado del reconocimiento de esta indemnización con cargo a la masa y su incoherencia con el régimen que deriva de la aplicación del artículo 61.1 Ley Concursal. GARCÍA ALAMÁN DE LA CALLE, B., «Efectos de la declaración de concurso sobre las relaciones jurídico-privadas del deudor», FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ, en *ComLC*, pg. 264.

⁸² V. PIÑEL, E., *RDCP*, 2005, pg. 42; GÓMEZ MENDOZA, M., «art. 61», en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE, *ComLC*, I, pg. 1154.

⁸³ Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «art. 61», en ROJO-BELTRÁN (dirs), I, *ComLC* pg. 1154; HERRERO, E., «art. 61» en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, *Derecho concursal práctico*, pg. 330; SALELLES, J. R., en *Estudios Olivencia*, III, pg. 3182.

⁸⁴ En nuestra doctrina, respecto a los «pactos indemnizatorios» entre administrador y sociedad, SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, pg. 209; IGLESIAS PRADA, J. L., *Administración*

en otro empleo⁸⁵. En supuestos en los que falte, todavía, un período largo de tiempo hasta la llegada del término final pactado, es preciso adoptar un criterio corrector, en orden a evitar que la indemnización se convierta en una fuente de enriquecimiento, perdiendo su finalidad resarcitoria⁸⁶.

Sin perjuicio de lo expuesto, es claro que la duración del contrato de servicios y el importe de la retribución condicionan, de forma determinante, el importe final de la indemnización. Pese a ello, se trata de condiciones contractuales que, por el hecho de haber sido celebrado el contrato antes del concurso, escapan al control de la administración concursal. Teniendo en cuenta que la parte *in bonis* es un administrador de la sociedad concursada, surge inmediatamente la duda acerca de si la determinación inicial de aquellas condiciones ha resultado afectada, en beneficio de aquél, por el conflicto de intereses. No obstante, en el caso de resolución por interés del

y *delegación de facultades*, pg. 245; LÓPEZ DE MEDRANO, F., *La separación de los administradores de la sociedad anónima*, pgs. 273-274.

⁸⁵ V. SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, pg. 209. En la doctrina italiana, suscriben esta misma opinión, MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni*, pgs. 473-474; CASELLI, F. «Vicende del rapporto di amministrazione», en COLOMBO/PORTALE (dir.), *Trattato delle società per azioni*, Torino (UTET), 1991, pgs. 83 y ss.; SILVETTI/CAVALLI, *La società per azioni*, Torino (UTET), 1972, pgs. 300-301. En nuestro ordenamiento podemos encontrar una regla parecida en el cálculo de los salarios de tramitación que, en caso de improcedencia o nulidad del despido, han de abonarse al trabajador; de tales salarios habrá que deducir los ingresos percibidos por el trabajador fruto de otras actividades profesionales; entre otras, sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 29 de enero y 27 de noviembre de 1990, 13 de mayo de 1991 y 6 de noviembre de 1992; en igual sentido, MARTÍNEZ MORENO, C., *La extinción del contrato de alta dirección*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, pg. 98.

⁸⁶ En supuestos de incumplimiento de contratos de servicios de larga duración, el criterio aplicado por los Tribunales de nuestro país está claramente orientado en la dirección de limitar el período de tiempo considerado a efectos de determinación de la indemnización; vid. entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1959, sentencias de la Audiencia Provincial de León de 31 de julio de 2001, 14 de enero de 2002, 20 de febrero y 22 de abril de 2003; sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de marzo de 2003, y sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 18 de octubre de 2002. Con esta finalidad, quizás habría que considerar, a efectos de determinación de la indemnización, el período de tiempo que, empleando una diligencia media, precisaría el administrador para suplir los ingresos perdidos con otros obtenidos en virtud de nuevos contratos de servicios. En el derecho inglés, la falta de diligencia en la búsqueda de un nuevo empleo puede justificar una deducción en la indemnización de los salarios que, razonablemente, podría haber percibido el *empleado* en caso de actuar diligentemente (v. UPEX, R. *Termination of employment*, London (Sweet & Maxwell) 1991, pg. 204). Parecido criterio se sostiene por la doctrina norteamericana respecto a los *golden parachutes* (v. FLETCHER/BJUIR, *Executive compensation*, en *Fletcher Cyclopedia of the laws of private companies*, New York [St. Paul] 1995, vol. 5A, pg. 182; BRESS, «Golden Parachutes: Untangling the Ripcords», *Stanford Law Review*, núm. 39, 4 (1987), pgs. 975-979). En el Derecho alemán, la aplicación del § 615 *BGB* determina la pérdida del derecho a seguir percibiendo la retribución prevista en el contrato de servicios, en el caso de que el administrador obtenga otro empleo retribuido o la falta de obtención del mismo sea debida a mala fe (v. BRITO CORREIA, A., *Os administradores de sociedades anónimas*, Coimbra [Almedina], 1993, pgs. 359 y 693).

concurso, tal circunstancia no permite negar al administrador –parte *in bonis*– una indemnización. A estos efectos, debe notarse que la resolución se fundamenta en razones de oportunidad, desde la perspectiva del interés del concurso, y no en una posible situación de abuso en la contratación, lo que es coherente con el hecho de que la Ley Concursal haya establecido, como contrapunto de la resolución, el derecho del contratante *in bonis* a obtener un resarcimiento de los daños que se le ocasionen. No obstante, la cuestión que convendría plantearse es si, a la vista de un evidente desequilibrio en las condiciones contractuales, cabría aplicar criterios correctores en el cálculo de la indemnización. En apoyo de esta posibilidad, ha de notarse que la Ley Concursal no ha fijado los criterios de determinación de la indemnización, lo que podría ser interpretado como manifestación de una voluntad legislativa favorable a dejar un amplio margen de discrecionalidad al juez del concurso para ponderar todas las circunstancias concurrentes, y, entre ellas, el interés del concurso, en la determinación de la compensación que merece la parte *in bonis*. En la solución del conflicto que, respecto a la determinación de la indemnización derivada de la extinción de contratos bilaterales, puede producirse entre el interés colectivo de los acreedores y el interés personal del contratante *in bonis*, la Ley Concursal ha previsto, respecto a un supuesto concreto –el contrato de alta dirección– la facultad judicial de moderación, cuyo fundamento último ha de buscarse en la equidad (art. 65.2 LC)⁸⁷. La generalización de la regla de equidad que luce en dicha norma permitiría fundamentar, respecto a la resolución por interés del concurso, la adopción de un criterio moderador tendente a buscar una solución equilibrada que, por un lado, permitiese un resarcimiento adecuado del perjuicio ocasionado, y, por otro, evitase un daño desmesurado e injusto, a la vista de las circunstancias concurrentes, del interés colectivo de los acreedores. Igualmente, podría brindar apoyo a esta solución el deber de buena fe y la prohibición del ejercicio antisocial y abusivo del derecho. Finalmente, ha de recordarse que los Tribunales pueden moderar la indemnización en caso de incumplimiento negligente, en atención a las circunstancias concurrentes (art. 1103 CC). Siendo esto así, parece razonable entender que dicha facultad de moderación ha de existir, igualmente, en un caso en el que la resolución del contrato no está fundamentada en el incumplimiento sino en el interés del concurso.

En cualquier caso, a falta de desarrollo jurisprudencial, la cuestión relativa a los criterios de determinación de la indemnización y a si, entre los mismos, cabría considerar el interés del concurso y otras circunstancias no resulta, en absoluto, diáfana.

3.3. *La resolución del contrato por incumplimiento de la sociedad*

Una vez declarado el concurso, el administrador social (parte *in bonis*) puede instar, ante el juez del concurso, la resolución del contrato de servi-

⁸⁷ V. MASSAGUER, J. «Aproximación al régimen de los efectos del concurso», en *Estudios Olivencia*, IV, pg. 4233.

cios por incumplimiento de la sociedad. A diferencia de lo que sucede en los contratos de tracto único, en los que el incumplimiento que justifica la resolución debe ser posterior a la declaración de concurso, en los contratos de tracto sucesivo también es admisible la resolución por incumplimiento anterior (art. 62.1 LC)⁸⁸. De ahí que, en este tipo de supuestos, podría plantearse la posibilidad de que la sociedad concursada satisficiera, con cargo a la masa, las retribuciones que adeudara al administrador social antes de la declaración de concurso como vía para evitar la resolución⁸⁹, ponderando, a la luz del interés del concurso, el coste del cumplimiento frente al coste de la posible resolución por incumplimiento. No obstante, parece más razonable entender que la posibilidad de satisfacer créditos anteriores a la declaración del concurso está acotada al supuesto de que el juez del concurso, una vez instada la resolución del contrato, acuerde su cumplimiento. En este último caso, es claro que todas las deudas, tanto anteriores como posteriores a la declaración del concurso, han de ser satisfechas con cargo a la masa⁹⁰.

Como consecuencia de la resolución, ambas partes deberán restituirse las prestaciones realizadas. Por otro lado, el administrador afectado (parte *in bonis*) tendrá derecho a que le sean resarcidos los daños producidos como consecuencia del incumplimiento de la sociedad que ha dado lugar a la resolución del contrato. Respecto al cálculo de la indemnización, deberá resarcirse a la parte *in bonis* el lucro cesante, siendo aplicables las mismas consideraciones que, respecto a esta cuestión, hemos expuesto al tratar de la resolución por interés del concurso⁹¹. Dicha indemnización deberá ser satisfecha con cargo a la masa, en el caso de que el incumplimiento sea posterior a la declaración de concurso, o con cargo al concurso, si el incumplimiento es anterior a tal declaración; en el caso de que el incumplimiento se produzca tanto antes como después de la declaración del concurso, debe-

⁸⁸ V. GARCÍA VICENTE, J. R., «art. 61», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pgs. 707-708; VILA FLORENZA, P., «Resolución por incumplimiento (art. 62)», en SALA/MERCADAL/ALONSO-CUEVILLAS, *Nueva Ley Concursal*, pg. 332.

⁸⁹ De esta opinión, MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «art. 61», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1145; en contra, GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales», en *Estudios Olivencia*, III, pgs. 2819-2820; CORDERO LOBATO, E., «art. 84», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 999.

⁹⁰ V. al respecto, MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «art. 62», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1170.

⁹¹ Respecto a la cuestión acerca de si en la resolución del contrato por incumplimiento hay que resarcir el interés positivo o negativo, v. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Resolución por incumplimiento (art. 62)», en SANCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, pgs. 1171 y ss. El autor, con cita de PANTALEÓN, F. («Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, 1989, pgs. 1143 y ss.) y Díez Picazo, L. (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid (Civitas), 1989, pgs. 725 y ss.) sostiene que el cálculo del interés positivo «debería centrarse en la diferencia entre el valor de la contraprestación en el momento del contrato y el que tuviera en el momento de la resolución», criterio justificado por el hecho de que el acreedor tiene derecho a la restitución de su prestación. No obstante, en la nota 21 de la página 1171 señala que, como criterio general, se admite el derecho del acreedor a ser indemnizado por el *lucro cesante* derivado de la resolución del contrato.

rán determinarse los daños ocasionados por uno y otro incumplimiento, a fin de dar a sus respectivas indemnizaciones el tratamiento concursal que proceda⁹².

En algunos tipos específicos de relaciones de servicios no es infrecuente que las partes establezcan un pacto indemnizatorio para el caso de que se produzca la resolución del vínculo por voluntad de la sociedad o por causas imputables a la misma. En el ámbito de los contratos celebrados entre administradores y sociedad, se trata de un supuesto en el que el riesgo de abuso derivado del conflicto de intereses es particularmente intenso, debiendo notarse que, en la línea que ya hemos señalado, no se plantea aquí sólo un problema de tutela del interés social sino, principalmente, del interés colectivo de los acreedores.

Una vía para reducir la cuantía del pacto indemnizatorio puede encontrarse en la facultad de moderación prevista por el Código Civil (art. 1154 CC). No obstante, su aplicación tiene como presupuesto previo la calificación del pacto indemnizatorio como «cláusula penal». Para ello, siguiendo el criterio generalmente admitido en la materia, el pacto debe tener una finalidad puramente resarcitoria, esto es, ha de estar orientado a la liquidación anticipada de la indemnización de daños y perjuicios que habría de satisfacerse en caso de incumplimiento⁹³. Además, de acuerdo con el tenor de la norma citada, la moderación sólo es posible en supuestos de incumplimiento parcial, no en aquellos en los que el incumplimiento sea total⁹⁴.

En aquellos casos en los que el pacto indemnizatorio tenga una finalidad punitiva, antes que resarcitoria⁹⁵, no cabrá aplicar la facultad de moderación prevista por el Código Civil. La doctrina que ha estudiado estas cuestiones en sede concursal sostiene que, en este tipo de supuestos, cabría calificar el crédito a la indemnización como crédito subordinado, habida cuenta de su carácter penitencial (ex art. 92-4º LC)⁹⁶. Ha de advertirse, sin embargo, que tal calificación –crédito subordinado– no procede cuando la resolución del contrato se produce como consecuencia de un incumplimiento posterior a la declaración de concurso y ello porque, en tal caso, la indemnización tiene

⁹² MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «art. 62», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1172.

⁹³ V. GÓMEZ CALERO, J., *Contratos mercantiles con cláusula penal*, Madrid, 1980, pgs. 51-65; Díez PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 5ª edición, Madrid (Tecnos), 1988, vol. 2º, pgs. 172-173.

⁹⁴ V. LASARTE, C., *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*, Madrid (Tecnos), 1994, pg. 457, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1973; v. igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1995. En la doctrina laboral, MARTÍNEZ MORENO, C., *La extinción del contratode alta dirección*, pg. 85.

⁹⁵ Como señala GARCÍA VICENTE, J. R. «art. 62», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 712, tal circunstancia puede ponerse de manifiesto por la ausencia de daño o porque el daño previsiblemente derivado del incumplimiento es muy inferior al importe de la indemnización pactada.

⁹⁶ GARCÍA VICENTE, J. R. «art. 62», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 712; en parecidos términos, MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «art. 62», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1173.

el carácter de crédito contra la masa⁹⁷. En este último supuesto, y partiendo de la hipótesis de que no sea aplicable la facultad moderadora de la cláusula penal prevista por el Código Civil, quizás podría fundamentarse la moderación en la aplicación analógica de la normativa concursal aplicable al contrato de alta dirección (art. 65.2 LC)⁹⁸. Desde una perspectiva general, en la doctrina se ha invocado, igualmente, la prohibición de abuso de derecho⁹⁹ y la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁰⁰ como posibles fundamentos de la moderación de los pactos indemnizatorios.

3.4. *El régimen específicamente aplicable a los contratos de alta dirección*

Abordamos este asunto partiendo de la hipótesis de que cupiera acumular al cargo de administrador una relación laboral especial de alta dirección, posibilidad que, en la mayoría de los casos, ha de excluirse a la vista de la doctrina jurisprudencial de la naturaleza del vínculo, hoy en día absolutamente predominante.

No obstante, de ser posible en algún supuesto el establecimiento de dicha relación con un administrador de la sociedad, le será aplicable, en sus propios términos, la regulación concursal que prevé la posibilidad de extinción o suspensión del contrato por decisión de la administración concursal –por propia iniciativa o a instancias de la sociedad concursada–, y la facultad judicial de moderación de la indemnización, con el límite expresamente previsto (v. art. 65 LC).

En relación con estas cuestiones, conviene recordar que el Tribunal Supremo (Sala 1ª), en sentencia de 9 de mayo de 2001, aplicando una discutible tesis, dio validez a un contrato celebrado con un administrador que tenía por la prestación de alta dirección y, en el cual, se había establecido una cláusula indemnizatoria. Dicho contrato mereció, en la resolución citada, la calificación civil de arrendamiento de servicios¹⁰¹. Ciertamente, no parece que la doctrina que se deduce de dicha resolución haya tenido continuidad, pudiendo traer aquí la más reciente sentencia dictada por la Sala Primera de 21 de abril de 2005, en la que, volviendo a la doctrina anterior,

⁹⁷ Se trata de un argumento esgrimido por MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «art. 62», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1173.

⁹⁸ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «art. 62», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1173.

⁹⁹ MARTÍNEZ MORENO, C., *La extinción del contrato de alta dirección*, pg. 86, propugna, con la finalidad de permitir el control jurisdiccional de las indemnizaciones exorbitantes de los altos directivos, la aplicación de los criterios de proporcionalidad, interdicción del abuso de derecho o el de buena fe contractual. Estos mismos criterios son invocados igualmente por MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*, Madrid (Civitas), 1995, pgs. 451 y ss.

¹⁰⁰ MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*, pg. 454; en la doctrina concursal, invoca esta misma cláusula, TAPIA HERMIDA, A., «Contratos del personal de alta dirección (art. 65)», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, I, pg. 1318.

¹⁰¹ Un comentario de dicha sentencia puede verse en SÁNCHEZ GIMENO, S., «Los contratos –civiles o laborales– de alta dirección celebrados con administradores ejecutivos de sociedades», *RDM*, num. 245 (2002), pgs. 1461 y ss.

se rechaza la existencia de una relación distinta a la de administración bajo el argumento, ya conocido, de la naturaleza del vínculo¹⁰². Suponiendo, no obstante, que fuera admisible el establecimiento con el administrador de una relación civil de servicios de «alta dirección», y pese a que la Ley Concursal sólo se refiera a la «relación laboral» de alta dirección, única que ha previsto el legislador, la existencia de una evidente identidad de razón justificaría su plena aplicabilidad al caso de la «relación civil».

IV. LA RESCISIÓN CONCURSAL

1. Cuestiones generales

Apartándose sustancialmente del régimen de la retroacción y de las acciones revocatorias establecido en el Código de Comercio¹⁰³, la Ley Concursal ha previsto un novedoso sistema de reintegración, cuyo pilar fundamental viene constituido por la denominada acción rescisoria concursal (arts. 71 y ss. LC). A diferencia de la acción rescisoria común, la acción rescisoria concursal no exige la concurrencia de fraude en la realización del acto o negocio rescindible, sino solamente la causación de un perjuicio a la masa activa del concurso¹⁰⁴. Tal perjuicio puede producirse mediante actos que reduzcan, de forma indebida, el patrimonio concursal afecto a la satisfacción colectiva de los créditos, pero también, mediante actos contrarios a la *par conditio creditorum*, que favorezcan a determinados acreedores en perjuicio de la masa¹⁰⁵.

No cabe duda de que, entre los actos potencialmente lesivos para la masa activa, se encuentran la constitución, modificación y extinción de relaciones de servicios entre la sociedad y sus administradores, y sus actos de cumplimiento. Igualmente, las decisiones y actos de los órganos sociales relativos a la remuneración de los administradores pueden ocasionar perjuicios al patrimonio del concursado. Por ello, se trata de negocios y actos jurídicos que pueden caer en la órbita de la acción rescisoria concursal.

¹⁰² Recuérdese que ésta es la misma tesis sostenida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1992; un comentario de esta sentencia puede verse en EMBID IRUJO, J. M., en *La Ley*, 1993, 3, pgs. 397 y ss.

¹⁰³ Para una exposición general, v. RAMÍREZ, J. *La quiebra*, II, pgs. 1085 y ss.

¹⁰⁴ Sobre el sentido de este cambio, v. GIL RODRÍGUEZ, J., «art. 71», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pgs. 847 y ss. De esta forma, la tendencia hacia la objetivación, que de forma tímida se manifiesta, respecto a la acción rescisoria común, en la sustitución de la exigencia de la prueba del fraude por la de la mala fe del deudor, alcanza su máxima expresión en el artículo 71 de la Ley Concursal, norma que prescinde, por completo, de tal presupuesto, colocando el elemento nuclear en la existencia de perjuicio; en este mismo sentido, CRESPO ALLUE, F., «Acciones de reintegración (art. 71)», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, I, pgs. 1367 y ss.

¹⁰⁵ CRESPO ALLUE, F., «art. 71», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, I, pg. 1377; LEÓN, F., «Acciones de reintegración (art. 71)», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1307.

No obstante, sólo pueden impugnarse a través de esta vía los negocios y actos jurídicos perjudiciales realizados por el concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Tal limitación temporal no impide, sin embargo, que puedan rescindirse los actos de ejecución de contratos de servicios o de acuerdos sociales relativos a la retribución de los administradores realizados en dicho período, aun cuando tales contratos o acuerdos fueran inmunes a la acción rescisoria concursal por haber sido celebrados o adoptados en un momento anterior¹⁰⁶.

2. El perjuicio para la masa activa. Consideraciones generales

Antes de avanzar en el estudio de estas cuestiones, es necesario precisar, desde una perspectiva general, qué se entiende por perjuicio para la masa activa cuando el mismo se predica respecto de la retribución de los administradores de las relaciones de servicios establecidas con la sociedad concursada. Suele afirmarse que el perjuicio que fundamenta este tipo de rescisión consiste, como regla general, en una disminución de la masa activa que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales¹⁰⁷. Tal afirmación es cierta, pero exige algunas precisiones cuando se refiere a los supuestos que aquí abordamos. Ha de notarse, en este punto, que el pago de cualquier servicio supone siempre una salida de un elemento del activo que no se ve simultáneamente compensada por la entrada de un elemento patrimonial de valor equivalente. No obstante, ello no convierte al acto en perjudicial, y, consiguientemente, no lo hace rescindible. De entender lo contrario, habría que calificar como necesariamente rescindibles, por su carácter perjudicial, todos los pagos por servicios recibidos en los dos años anteriores a la declaración de concurso, salvo aquellos que pudieran ser calificados como «actos ordinarios de la actividad empresarial del concursado celebrados en condiciones normales» (art. 71.5 LC)¹⁰⁸.

En orden a valorar si los pagos por servicios disminuyen o no la masa activa y perjudican el interés colectivo de los acreedores, es preciso analizar la utilidad de tales servicios¹⁰⁹. En este sentido, es lógico entender que los pa-

¹⁰⁶ V. LEÓN, F., «art. 71», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1306.

¹⁰⁷ V. LEÓN, F., «art. 71», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pgs. 1307-1308; MARTÍN REYES, M. A., «La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada», en *Estudios Olivencia*, IV, pg. 4181.

¹⁰⁸ Adviértase que tal calificación tiene la virtualidad de impedir la rescisión de actos que son perjudiciales; es decir, en estos casos la imposibilidad de rescindir el acto no deriva de la ausencia de perjuicio, sino de su consideración como «acto ordinario de la actividad empresarial celebrado en condiciones normales»; de esta opinión, LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «La acción revocatoria concursal: perfiles generales», en *Estudios Olivencia*, IV, pg. 4172.

¹⁰⁹ En sede de sociedades, señala LLEBOT, O., *Los deberes de los administradores*, pg. 107, que a la hora de determinar si un contrato satisface el interés social, ha de tenerse en cuenta no sólo el precio fijado a los servicios, comparado con el de mercado, sino, igualmente, la necesidad de la sociedad de recibir tales servicios, lo que, podríamos traducir por su utilidad.

gos por servicios que, atendidas las circunstancias, sean objetivamente inidóneos para incrementar o, al menos, conservar la masa activa, han de suponer, de forma necesaria, una reducción del activo concursal. Nótese, en este mismo sentido, que el servicio no es un bien o un derecho con contenido patrimonial que tenga un valor intrínseco, sino una actividad cuyo valor depende de su utilidad. Si tal actividad no puede procurar ningún beneficio a su destinatario, difícilmente podrá asignársele valor alguno. Trasladadas estas consideraciones al ámbito de las sociedades de capital, habrá que valorar si una determinada prestación de servicios puede servir para satisfacer, en un sentido amplio, necesidades propias de su actividad. En caso contrario, habrá que estimar que la retribución satisfecha por la sociedad ha conllevado una reducción de su activo, lesiva para los intereses de la masa.

Además de la utilidad objetiva de los servicios, deberá verificarse si el valor de la contraprestación satisfecha por la sociedad concursada responde a valores de mercado, tesis que es extensible a la retribución que corresponde a los administradores por el desempeño del cargo¹¹⁰. La valoración que ha de realizarse viene dificultada por la inexistencia de criterios objetivos más o menos seguros, singularmente en el caso de los servicios que presuponen la aplicación de conocimientos especializados o el ejercicio de facultades de gestión empresarial. Así, debe notarse que el valor de tales servicios depende de múltiples variables de difícil objetivación¹¹¹. Por otro lado, el mercado de «servicios profesionales» no es, habitualmente, un mercado de carácter público que cuente con instrumentos que permitan obtener suficiente información en orden a determinar cuál puede ser el valor de una determinada prestación. No obstante, es claro que, aún de forma muy relativa, la contraprestación debe tener un carácter razonable, no sólo en atención al valor aproximado que pueda tener en el mercado un servicio de similares caracteres, sino, también, de acuerdo con las circunstancias del destinatario de los servicios y las necesidades que trata de satisfacer¹¹². La existencia de una desproporción, más o menos evidente, entre el coste del servicio –que necesariamente habrá aminorado la masa activa– y la utilidad que, en atención a todas las circunstancias, pueda extraerse del mismo, permitirá afirmar que estamos ante un contrato de servicios que perjudica a la masa activa. En el caso de la retribución de los administradores, habrá que valorar, igualmente, si se trata de una contraprestación razonable en atención a las cir-

¹¹⁰ Desde una perspectiva general, respecto a los negocios onerosos, SANCHO GARGALLO, I. «Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», en *RJC*, 2004, pg. 1131; ALCOVER GARAU, G. «Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal», en GARCÍA VILLAVARDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA, *Estudio sistemático de la Ley 22/2003*, pg. 334; MASSAGUER, J., en *Estudios Olivencia*, IV, pg. 4221, con referencia explícita a los actos que resulten de la ejecución de obligaciones de hacer.

¹¹¹ V. en particular, SCOTT, «Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project», *Stanford Law Review*, 35 (1983), pg. 940; PARKINSON, *Corporate Power and Responsibility*, Oxford (Clarendon Press), 1994, pg. 224.

¹¹² En sede de sociedades, v. BONELLI, F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano (Giuffrè), 1992, pgs. 90-93.

cunstances de la sociedad y a los cometidos realmente asumidos por el administrador.

Abstracción hecha de lo anteriormente expuesto, los pagos realizados por la sociedad al administrador pueden ser perjudiciales por atentar contra la *par conditio creditorum*. Este tipo de perjuicio puede producirse en aquellos casos en los que la sociedad satisfaga obligaciones vencidas en el período de los dos años anteriores a la declaración de concurso, en un momento en el que concurra el presupuesto objetivo –la insolvencia–, con posposición de los demás acreedores¹¹³. No obstante, esta discriminación entre acreedores puede estar justificada si tales pagos son necesarios para asegurar la continuación de la actividad empresarial o, igualmente, si las consecuencias que podrían derivarse del impago son más perjudiciales que las derivadas de su realización, consideraciones que son trasladables a los supuestos que aquí abordamos¹¹⁴.

En otro orden de ideas, conviene plantearse si, en los supuestos a los que se refiere este trabajo, el perjuicio ha de derivar, necesariamente, de actos de disposición de elementos del activo realizados antes de la declaración de concurso o puede tener un alcance más amplio. La respuesta que se dé a esta cuestión determinará si cabe la rescisión de negocios jurídicos celebrados en el período previo a la declaración de concurso que generen obligaciones duraderas (contratos de servicios y acuerdos sociales) pendientes de cumplimiento tras dicha declaración.

En contra de esta posibilidad, ha de notarse que la finalidad de la acción rescisoria es la de reintegrar la masa activa¹¹⁵, frente a actos perjudiciales anteriores a la declaración de concurso que, de forma efectiva, la lesionen. La ineficacia del negocio derivada de la acción rescisoria tiene el exclusivo propósito de recomponer el patrimonio del concursado que, en una situación de insolvencia, está afecto a la satisfacción colectiva de los acreedores

¹¹³ SANCHO GARGALLO, I., en *RJC*, 2004, pg. 1134, señalando, no obstante, que para entender producido el perjuicio será preciso que, en el momento de realizar el pago, se cumpliera el presupuesto objetivo del concurso, esto es, que el deudor ya estuviera en estado de insolvencia, tesis que parece razonable.

¹¹⁴ CRESPO ALLUE, F., «art. 71», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, I, pg. 1394.

¹¹⁵ En este sentido, debe notarse que la acción rescisoria constituye un mecanismo de reintegración de la masa activa, eventualmente reducida por actos realizados por el concursado en el período precedente a la declaración de concurso; vid. en este sentido, GARCÍA CRUCES, A. «La reintegración de la masa activa en el procedimiento concursal», texto de la conferencia pronunciada en las «Jornadas sobre la Reforma Concursal» organizadas por la Universidad de Barcelona y el CIDDRIM el 8 de abril de 2003, pgs. 5 y ss.; igualmente, SANCHO GARGALLO, I., en *RJC*, 2004, pg. 1127, subraya como fin de la acción rescisoria «la recomposición del patrimonio del deudor, afecto a la satisfacción del crédito conforme al artículo 1911 CC». Respecto a la acción rescisoria común, vid. las interesantes reflexiones de FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Zaragoza (Real Colegio de España de Bolonia), 1998, pgs. 219 y ss.

y ha de proclamarse en la medida de tal perjuicio¹¹⁶. Conviene tener en cuenta, además, el parentesco existente entre la acción rescisoria concursal y la acción rescisoria común, concebida esta última como un remedio excepcional tendente a la declaración de ineficacia de los actos del deudor que, de forma efectiva, impidan u obstaculicen la satisfacción del crédito mediante su realización forzosa (*eventus damni*)¹¹⁷. La aplicación estricta de tales planteamientos lleva, derechamente, a la conclusión de que los contratos cuya ejecución no se haya iniciado en el momento de declaración del concurso son inmunes a la acción rescisoria concursal¹¹⁸. Es más, respecto a los contratos parcialmente cumplidos, habría que entender que la rescisión sólo puede afectar a los actos de cumplimiento ya realizados.

Las consecuencias que derivan de la aplicación de esta tesis no favorecen la protección del interés de los acreedores. A fin de mostrar lo expuesto, ha de notarse que la rescisión de actos de ejecución de obligaciones derivadas de un contrato de duración¹¹⁹ por existir desequilibrio entre las prestaciones no viene sino a poner de manifiesto el carácter perjudicial –para los acreedores– del contrato mismo. La imposibilidad de rescindir el negocio jurídico implica que el concursado debe cumplirlo tras la declaración de concurso, cumplimiento que ha de realizarse con cargo a la masa, pese a producir el mismo daño combatido con la rescisión. La consecuencia es paradójica, especialmente si la sentencia que rescinde los actos concretos de ejecución declara que la contraparte del concursado ha actuado de mala fe. En este supuesto, dicha contraparte vendrá obligada a indemnizar los perjuicios derivados de los actos rescindidos y a restituir la contraprestación recibida, sin que tenga derecho a recibir el valor de la prestación realizada, merced a la calificación de su crédito como subordinado de último grado. No obstante, y dado que las obligaciones pendientes de cumplimiento son inmunes a la acción rescisoria, tras la declaración de concurso, dicha contraparte podrá reclamar el cumplimiento de la sociedad –o el resarcimiento derivado del incumplimiento–.

Si se observa, el problema planteado no deriva, en realidad, de la configuración de la acción rescisoria, sino de la aplicación de la indiscriminada regla de continuación de los contratos bilaterales establecida por la Ley Concursal

¹¹⁶ La ineficacia tiene un carácter relativo y no comporta la invalidez del negocio jurídico (así, ALCOVER GARAU, G., en *Estudio sistemático de la Ley 22/2003*, pg. 347; GIL RODRÍGUEZ, J. «art. 73», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 889; GULLÓN BALLESTEROS, A., «La acción rescisoria concursal», en *Estudios Olivencia*, IV, pg. 4132); se trata de una ineficacia instrumental a los fines de la reintegración. Respecto a la acción rescisoria común, JEREZ, C. *Los actos objetivamente fraudulentos*, Madrid (Civitas), 1999, pg. 134.

¹¹⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *El fraude de acreedores*, pgs. 25 y ss.

¹¹⁸ Expresamente, MASSAGUER, J. en *Estudios Olivencia*, IV, pg. 4233.

¹¹⁹ En este sentido, GARCÍA VICENTE, J. R. «art. 61», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 687, conceptúa los contratos de duración como «aquellos en los que hay diferentes obligaciones de idéntico contenido que nacen sucesivamente de un supuesto de hecho duradero, puesto que responden a una necesidad prolongada»; vid. igualmente, KLEIN, M. *El desistimiento unilateral en el contrato*, Madrid (Civitas), 1997, pgs. 63-87.

(art. 61.2 LC). Teniendo en cuenta lo expuesto en otro apartado, no parece que la resolución por interés del concurso pueda remediar, plenamente, la situación¹²⁰. Debe recordarse, en este sentido, que, a falta de acuerdo entre las partes, la resolución por interés del concurso comporta la obligación de satisfacer al contratante *in bonis* una indemnización con cargo a la masa que le resarza por la falta de ejecución del contrato. El problema podría paliarse, pero no evitarse, mediante la aplicación de criterios correctores en la determinación de la indemnización, que, ciertamente, la Ley Concursal no ha previsto.

La posibilidad de rescisión concursal del contrato pendiente de ejecución requeriría de un replanteamiento del concepto de perjuicio y de la relación de causalidad entre éste y el acto impugnado, alejado de los postulados típicos de la acción rescisoria común. En este punto, conviene advertir que la determinación del acto rescindible y la naturaleza del perjuicio no son iguales en la acción rescisoria concursal y en la rescisoria común, circunstancia que deriva del hecho de que la primera está llamada a proteger el interés colectivo de la masa de acreedores en una situación de insolvencia del deudor. De ahí que, como se ha señalado en nuestra doctrina, la acción rescisoria concursal no sólo pueda plantearse frente a actos que hayan supuesto una reducción efectiva de la masa activa, sino, igualmente, frente a actos que, sin aminorarla, sean contrarios a la *par conditio creditorum* o modifiquen su composición, restándole «capacidad» para satisfacer el interés colectivo de los acreedores¹²¹. Se observa, en todo caso, una cierta flexibilización de la noción de perjuicio que, de acuerdo con las tesis sostenidas por la doctrina, permite considerar como perjudiciales actos que no producen una reducción actual e inmediata de la masa activa pero que contribuyen a su empobrecimiento¹²² y que, en este sentido, agravan la insolvencia del deudor.

Pues bien, desde su perfección, los contratos de duración generan una obligación de cumplimiento que grava el patrimonio del concursado y que, de forma necesaria, afectará a los acreedores. Los posteriores actos de cumplimiento del contrato con desequilibrio de prestaciones –aquellos que, de forma directa e inmediata, producirán el perjuicio– son una consecuencia

¹²⁰ No obstante, sostiene una opinión contraria, MASSAGUER, J., en *Estudios Olivencia*, IV, pg. 4233.

¹²¹ Así, GARCÍA SANZ, A., «Notas sobre el sistema de reintegración de la masa en la nueva Ley concursal», en *Estudios Olivencia*, IV, pg. 4068, acogiendo la tesis patrocinada por ALCOVER GARAU, G., en *Estudio sistemático de la Ley 22/2003*, pg. 334, entiende que hay perjuicio cuando en el caso de negocios onerosos, la prestación del deudor tiene mayor valor que la de la contraparte, pero también cuando la enajenación de elementos del activo puede impedir la solución a través del convenio o, en última instancia, reducir el valor de otros bienes en un contexto de liquidación.

¹²² CRESPO ALLUE, F., «art. 71», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, pg. 1371, al tratar de la relación de causalidad existente entre acto y perjuicio, señala que «el acto en sí mismo y en su consideración aislada puede no haber provocado una disminución patrimonial que justificase el ejercicio de la acción rescisoria, pero puede derivar perjudicial merced a hechos del propio sector del mercado en el que ejercite su actividad y que, en principio, resultan ajenos a él».

necesaria del contrato, en el devenir normal de las cosas. Nótese que, respecto al contrato lesivo no rescindido, la alternativa que tiene la sociedad al cumplimiento es el incumplimiento o la resolución concursal, supuestos ambos que generan un deber de resarcimiento a cargo de la masa activa. Igualmente, ha de tenerse en cuenta que la existencia de contratos excesivamente onerosos puede constituir un obstáculo a la adquisición de la empresa por terceros, dificultando o, imposibilitando una solución del concurso satisfactoria para los intereses de los acreedores. De ahí que pueda afirmarse la existencia de una relación causal entre el perjuicio y la perfección del contrato de carácter mediato¹²³ que, desde la perspectiva del interés de los acreedores, permitiría considerarlo como un acto perjudicial.

En este punto, ha de observarse que la Ley Concursal sólo exige que el acto perjudicial haya sido realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso, no que el perjuicio a la masa activa se manifieste en el mismo momento de su realización o, en todo caso, antes de la declaración de concurso¹²⁴. Por otro lado, ha de notarse que la Ley Concursal declara rescindibles los «actos perjudiciales para la masa activa», y tan perjudicial puede ser un pago, por poner un ejemplo, como un contrato que genere obligaciones que graven no ya un concreto bien, sino todo el patrimonio del concursado¹²⁵.

La aplicación de tales planteamientos abriría la posibilidad de rescindir contratos u otro tipo de negocios (v. gr. acuerdos sociales) con prestaciones no equivalentes en perjuicio del concursado, cuyo cumplimiento (o incumplimiento o resolución por interés del concurso) fuera perjudicial para la masa activa. Igualmente, daría apoyo a la posibilidad de rescindir pactos indemni-

¹²³ Como se ha indicado en nuestra doctrina, basta con que el acto disminuya, de forma mediata, el patrimonio concursal, para estimarlo perjudicial; en este sentido, ESCRIBANO GÁMIR, R. C., «La reintegración de la masa activa del concurso», en *Estudios Olivencia*, IV, pg. 4029.

¹²⁴ Por el contrario, MASSAGUER, J., en *Estudios Olivencia*, IV, pg. 4221, entiende que «el momento temporal relevante para establecer el carácter perjudicial ha de ser el de realización del acto en cuestión, y no el de la apertura del concurso o el de ejercicio de la acción rescisoria». No obstante, en sede de rescisión por fraude de acreedores, se ha admitido la posibilidad de impugnar actos causantes del *eventus damni* en los que no exista una inmediatez cronológica y causal entre acto y perjuicio; de esta opinión, FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores*, pgs. 198 y ss.; en una dirección parecida, CRISTÓBAL MONTÉS, *La vía pauliana*, Madrid, 1997, pg. 131. En sede de rescisión concursal, CRESPO ALLUE, F., «art. 71», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, I, pg. 1371 ha acogido, igualmente, un criterio flexible en la determinación de la relación de causalidad.

¹²⁵ Es interesante, a estos efectos, recordar la tesis de ALCOVER GARAU, G., en *Estudio sistemático de la Ley 22/2003*, pg. 334, para el que «habrá perjuicio para la masa activa siempre que la administración concursal demuestre que si no se hubiera producido el acto que se pretende rescindir, la composición de la masa activa tendría un mayor valor». Pues bien, en los supuestos a los que nos referimos, tras la declaración de concurso, y suponiendo que se diera cualquiera de las tres hipótesis (cumplimiento e incumplimiento o resolución, en los dos últimos casos, con deber de indemnizar), podría demostrarse que, en caso de no haberse perfeccionado el contrato antes de la declaración de concurso, la masa activa tendría un mayor valor.

zatorios celebrados entre la sociedad y sus administradores perfeccionados en los dos años anteriores a la declaración de concurso, cuyo cumplimiento se planteara tras aquella declaración y fuera perjudicial para la masa activa. En todos los casos, la posibilidad de rescisión requeriría que el negocio hubiera sido celebrado en los dos años anteriores al concurso, que su cumplimiento fuera perjudicial a la masa activa, que no hubiera finalizado el concurso y, obviamente, que la acción rescisoria no hubiera caducado¹²⁶.

Con todo, no puede negarse que tales planteamientos van más allá de la configuración tradicional de la acción rescisoria, y, probablemente, no responden al criterio seguido por el legislador concursal. El establecimiento de una medida específicamente diseñada para los contratos bilaterales de duración –la resolución por interés del concurso– apunta en esa dirección.

3. La presunción del carácter perjudicial de los actos dispositivos a título oneroso realizados con los administradores de la sociedad concursada. La aplicabilidad de la excepción de «actos ordinarios de la actividad empresarial realizados en condiciones normales»

La Ley Concursal presume, salvo prueba en contrario, que los actos realizados a título oneroso por el concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso con personas especialmente relacionadas son perjudiciales para la masa activa¹²⁷. Entre las personas a las que la Ley Concursal califica como especialmente relacionadas con el concursado figuran los administradores de la sociedad concursada y quienes hubieran tenido dicha condición en los dos años anteriores a la declaración de concurso (art. 93.2-2º LC). De ahí que, en principio, los contratos de servicios celebrados entre la sociedad y sus administradores en los dos años anteriores a la declaración de concurso, así como los actos de ejecución de tales contratos realizados en el mismo período de tiempo deban presumirse perjudiciales, salvo prueba en contrario, y, por tanto, rescindibles. La misma afirmación puede realizarse respecto a la adopción de acuerdos sociales relativos a la retribución de los administradores o a los actos de ejecución de los mismos realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Finalmente, entrarían en este ámbito el cobro de indemnizaciones en el período temporal referido, supuesto que, singularmente, podría afectar a quienes hubieran sido administradores en los dos años anteriores al concurso, aunque ya no lo fueran en el momento de su declaración.

Dicha presunción coloca del lado del administrador demandado a través de

¹²⁶ En relación con los dos últimos requisitos enunciados, y desde una perspectiva general, v. CRESPO ALLUE, F., «art. 71», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, I, pgs. 1374-1375.

¹²⁷ Según CRESPO ALLUE, F., «art. 71», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, I, pg. 1389, el fundamento de la presunción radica en «el presumible conocimiento de la situación de insolvencia del deudor en los dos años anteriores a la declaración de concurso»; en una dirección distinta, entiende Alcover Garau, G., en *Estudio sistemático de la Ley 22/2003*, pg. 337 que en la presunción late la sospecha de fraude.

la acción rescisoria la carga de acreditar que el negocio o acto no perjudica al concurso, en el sentido al que nos hemos referido¹²⁸. A estos efectos, es irrelevante que el contrato –así como su modificación o extinción– o la decisión social relativa a la retribución del administrador hubieran cumplido, en su momento, las medidas de control formal del conflicto de intereses establecidas por la normativa societaria, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que tales medidas tienen la exclusiva finalidad de proteger el interés común de los socios, no el de los acreedores. Respecto a esta misma cuestión, debe notarse que la razón del singular tratamiento dado por la Ley Concursal a las operaciones realizadas con las personas especialmente relacionadas reside en la sospecha de que tales personas han recibido un trato de favor, en perjuicio de los acreedores¹²⁹. Por otro lado, en el caso de las sociedades de capital, el cumplimiento estricto de los mecanismos de control formal del conflicto de intereses –así, abstención del administrador interesado, adopción de la decisión por la junta general, etc.– no impide, de forma definitiva, que el administrador pueda influir en las decisiones y gozar, en última instancia, de un trato de favor¹³⁰.

La protección del interés de los acreedores a través de la acción rescisoria concursal exige la aplicación de criterios sustanciales de valoración¹³¹. Así pues, respecto a los contratos de servicios, el administrador deberá demostrar que prestó los servicios previstos por el contrato, que los mismos eran idóneos para satisfacer necesidades reales de la actividad de la sociedad y que la contraprestación recibida era razonable, de acuerdo con valores de mercado. Respecto a la retribución, cabe entender que el administrador deberá demostrar que era una contraprestación adecuada en atención a los cometidos realmente asumidos en la prestación del cargo. No obstante, teniendo en cuenta la inexistencia de criterios objetivos seguros de valoración de las prestaciones de servicios, puede tener alguna relevancia la prueba, suministrada por el administrador, de que no influyó en las decisiones sociales. Con esta finalidad cabría alegar el cumplimiento de las normas de control del conflicto de intereses, aunque, en este ámbito y de acuerdo con lo expuesto, deba atribuirse un valor muy relativo a dicho cumplimiento.

¹²⁸ V. CRESPO ALLUE, F., «art. 71», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, I, pg. 1389.

¹²⁹ De esta opinión, LEÓN, F., «art. 71», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1311.

¹³⁰ En sede de sociedades, el hecho de que el administrador interesado en el objeto al que se refiere un acuerdo del Consejo de Administración cumpla los deberes de información y abstención no impide la impugnación de dicho acuerdo ni la posibilidad de reclamar responsabilidad, supuestos estos últimos en los que, por encima de consideraciones formales, habría que probar la existencia de perjuicio; vid. SÁNCHEZ GIMENO, S., *Las prestaciones de servicios u obra*, pgs. 141 y 166-167. Respecto al derecho inglés, puede verse DAVIS, *Gower's principles of modern company law*, London, 1997, pgs. 624-625; BOWEN, *Fox & Bowen on the Law of Private Companies*, London (Sweet & Maxwell), 1995, pg. 131.

¹³¹ Sobre la problemática derivada de la aplicación de mecanismos de control del conflicto de intereses de carácter formal o de carácter sustancial, vid. CLARK, R., *Corporate Law*, Boston (Little Brown and Co), 1986, pg. 165.

Ha de notarse, no obstante, que de acuerdo con el régimen diseñado por la Ley Concursal, no es posible la rescisión de «actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor realizados en condiciones normales» (art. 71.5 LC)¹³². Dados los términos absolutos con los que está formulada dicha excepción, cabe entender que ampara, igualmente, a los actos realizados por el deudor con personas especialmente relacionadas¹³³, aun cuando sean lesivos para la masa¹³⁴, conclusión que, a la vista de la finalidad con la que ha sido establecida, no parece razonable. Conviene observar que la inmunidad frente a la acción rescisoria de los «actos ordinarios de la actividad empresarial realizados en condiciones normales» tiene el propósito de garantizar a los terceros que sean contraparte del deudor insolvente o en situación próxima a la insolvencia, que tales actos no se verán afectados por la rescisión en el caso de que se declare el concurso. Cabe entender que, a través de la exención, se pretende evitar toda incertidumbre en los terceros, en orden a garantizar la continuación de la actividad de la empresa. Para ello, la normativa concursal asume el sacrificio derivado de la imposibilidad de rescindir cierto tipo de actos, aun cuando puedan ser perjudiciales para la masa activa, evitando una discriminación entre actos –lesivos y no lesivos– que podría generar inseguridad y jugar en contra de los fines que se consideran prioritarios. No obstante, repárese en que, a diferencia de otros terceros, los administradores de la sociedad tienen el deber de conocer su situación económica y el de evitar cualesquiera actos que puedan perjudicar ilegítimamente los intereses de los acreedores. Por otro lado, los administradores pueden realizar, en su propio beneficio, actos en nombre de la sociedad que sean perjudiciales para los demás acreedores. Por ello, no parece que los fines de protección del tráfico y de mantenimiento de la actividad empresarial justifiquen la inmunidad de los actos ordinarios realizados entre la sociedad concursada y sus administradores que sean lesivos para la masa. No obstante, la literalidad de la Ley no permite llegar a otra conclusión.

En orden a ilustrar el problema que se plantea, ha de notarse que, en muchos casos, los pagos de obligaciones vencidas realizados al administrador por la prestación de servicios en el período de dos años precedente a la

¹³² LÉON, F. «art. 71», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1313, entiende integrados en la excepción aquellos actos comprendidos en la actividad empresarial que no se singularicen por «su objeto, volumen, coste, condiciones, etc.» y responden a la manera habitual de realizar el mismo tipo de operaciones por el deudor; CRESPO ALLUE, F., «art. 71», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, I, pg. 1397, señala como posible criterio definidor, aquellos actos «sin cuya realización se paralizaría en un corto período de tiempo la actividad productiva de la empresa».

¹³³ Como señala LÉON, F. «art. 71», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1313, en orden a aplicar la excepción, «es indiferente la persona, natural o jurídica, que haya sido la contraparte del acto»; no obstante, v. CRESPO ALLUE, F., «art. 71», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, I, pg. 1389.

¹³⁴ La finalidad de la excepción establecida por la Ley Concursal sería, precisamente, la de evitar su rescisión, aun cuando pudieran ser perjudiciales. De no ser así, la excepción sería superflua pues, de acuerdo con la regla general, sólo cabe la rescisión de actos perjudiciales; en este sentido, LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., en *Estudios Olivencia*, IV, pg. 4172.

declaración de concurso estarán comprendidos en el ámbito de la excepción. Si tales pagos se realizan en un momento en el que ya se ha manifestado la insolvencia de la sociedad¹³⁵, con discriminación de otros acreedores, se tratará de actos perjudiciales para la masa activa, pese a lo cual, no cabrá su rescisión. Frente a este tipo de supuestos, sería más razonable exigir del administrador la prueba de que tales pagos no perjudicaron a la masa, por ejemplo, porque estaban justificados por la necesidad de mantenimiento de la actividad empresarial o por el hecho de que su falta de realización podía haber generado mayores perjuicios –v. gr. reclamación de daños y perjuicios–.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe entender que los negocios constitutivos, modificativos y extintivos de relaciones contractuales entre los administradores y la sociedad, así como los acuerdos sociales relativos a la retribución de los administradores no constituyen, como regla general, «actos ordinarios de la actividad empresarial». Se trata, por el contrario, de operaciones no habituales en la dinámica de la actividad empresarial, que se singularizan en la misma, entre otras razones, por estar, en su mayor parte, sometidas a una disciplina de control del conflicto de intereses. El hecho de quedar fuera de la exención implica que, respecto a tales negocios, regirá la presunción de perjuicio aplicable a los actos realizados con personas especialmente relacionadas. Este mismo planteamiento sería extensible a los pagos realizados en concepto de indemnizaciones por extinción de contratos de servicios –o por cese en el cargo de administrador–, situación en la que podrían encontrarse no sólo los administradores con cargo vigente al tiempo de la declaración de concurso, sino, más frecuentemente, aquellos que lo hubieran sido en los dos años anteriores¹³⁶.

En relación con lo dicho, en nuestra doctrina se ha puesto de manifiesto la posibilidad de considerar como «acto perjudicial» la extinción de contratos de alta dirección que sea injustificada y que conlleve la obligación de pago de una indemnización desproporcionada, en la medida en que impide el ejercicio de la facultad de moderación previsto por la normativa concursal (artículo 65 LC)¹³⁷. En este último caso, lo que se combate no es el pago de la indemnización sino el negocio extintivo del contrato.

4. La rescisión de los actos a título gratuito

La Ley Concursal ha declarado objetivamente perjudicial, sin posibilidad de prueba en contrario, la disposición a título gratuito de activos del concursado –excepto liberalidades de uso– (art. 71.2 LC). Ha de entenderse, no

¹³⁵ V. SANCHO GARGALLO, I., en *RJC*, 2004, pg. 1133.

¹³⁶ La ineficacia del acto conllevaría, en este caso, la obligación de restituir la indemnización, que pasaría a ser un crédito concursal, y ello sin perjuicio de la posibilidad de combatir no ya el pago de la indemnización, sino el título obligacional en virtud del cual se adquirió el derecho a percibirla.

¹³⁷ En este sentido, SANCHO GARGALLO, I., *RJC*, 2004, pg. 1136.

obstante, que el demandante de la rescisión tendrá que probar el carácter gratuito de la disposición patrimonial.

En relación con lo dicho, ha de notarse que, de acuerdo con la legislación de sociedades, la inexistencia de disposición estatutaria que prevea el sistema de retribución determina la gratuidad del cargo de administrador¹³⁸. Es frecuente, sin embargo, que los administradores de nuestras sociedades perciban una retribución no prevista en los estatutos por el desempeño de sus funciones, habitualmente bajo el ropaje de una pretendida relación laboral especial de alta dirección¹³⁹. Aplicando el régimen previsto por la normativa de sociedades de capital, habrá que entender que la sociedad ha satisfecho una retribución que realmente no adeuda, pudiendo reclamar su restitución por tratarse de un desplazamiento patrimonial sin causa o, quizás con mayor rigor, con causa ilícita por su frontal contrariedad con la normativa aplicable a la retribución de los administradores (artículos 130 LSA y 66 LSRL)¹⁴⁰. Tratándose de una acción que pertenece a la sociedad concursada, podría ser ejercitada por los administradores concursales o, incluso, por los acreedores en los supuestos previstos por la Ley Concursal (vid. artículo 54.2 LC).

Igualmente, frente a este tipo de supuestos podría utilizarse la acción rescisoria concursal. En contra de esta posibilidad, cabría argumentar que la presunción *iuris et de iure* de perjuicio prevista por la normativa concursal es aplicable sólo a negocios y actos válidos con causa gratuita, lo que, ciertamente, no acontece en el caso¹⁴¹. No obstante, la expresión «disposición a título gratuito» empleada por la Ley Concursal tiene un alcance más amplio y puede comprender, en realidad, cualquier disposición de activos que no lleve aparejada contraprestación, sin venir limitada a negocios que reúnan los elementos típicos de la donación¹⁴². En ocasiones, puede plantearse el

¹³⁸ V. POLO SÁNCHEZ, E., *Los administradores*, pg. 192; SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, pgs. 163-166.

¹³⁹ V. LÓPEZ DE MEDRANO, F., *RGD*, 1992, pgs. 577-578. En la jurisprudencia, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2005, que denegó la pretensión del administrador de una sociedad anónima basada en la extinción de un contrato de alta dirección, aplicando la doctrina de la naturaleza del vínculo y concluyendo que, en el caso, no había más vínculo entre la sociedad y el administrador que el mercantil de administración, lo que exigía que la retribución estuviera prevista en los estatutos –lo que no acontecía–.

¹⁴⁰ V. SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, pgs. 165-166.

¹⁴¹ Desde una perspectiva diferente, GIL RODRÍGUEZ, J., «art. 71», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 860, entiende que en el caso de las obligaciones nulas a anulables, «parece preferir o el ejercicio por subrogación de la acción de nulidad, o de la pretensión de cobro de lo indebido». Esta tesis es la acogida por JEREZ, C., *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos*, pg. 335, señalando, expresamente, «... el pago de la obligación inexistente no entra bajo el supuesto de hecho del artículo 1292 Código Civil, que está pensado para obligaciones válidas (art. 1290 CC). Estos pagos son nulos y dan lugar a un enriquecimiento injusto, por lo que los acreedores del insolvente pueden acudir a la vía subrogatoria para ejercitar las correspondientes acciones en nombre del deudor (art. 1111 CC)».

¹⁴² V. LÉON, F. «art. 71», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1309.

problema de determinar si los servicios retribuidos al margen de los estatutos están integrados en la prestación del cargo o exceden de la misma, siendo obvio que, en este último caso, no serán aplicables los planteamientos esbozados. La rigidez y falta de realismo de la normativa que regula la retribución de los administradores y las propias necesidades del tráfico aconsejan la aplicación de un criterio flexible, admitiendo, en los casos dudosos, la posible existencia de una prestación de servicios distinta al mero desempeño del cargo. En este último supuesto, el administrador beneficiado con los pagos tendría la posibilidad de probar que no perjudicaron a la masa activa, lo que no sucedería de considerarlos, lisa y llanamente, como actos de disposición a título gratuito.

En relación con este mismo tema, el Tribunal Supremo ha admitido, en una ocasión, la posibilidad de que la junta general, aún en ausencia de previsión estatutaria, acuerde el pago de una *gratificación extraordinaria* por el desempeño del cargo de administrador¹⁴³. Sin que proceda entrar ahora en la valoración de esta discutible doctrina, habría que entender que tal gratificación, de ser admisible, merecería el calificativo de *donación remuneratoria*. Esta misma calificación de *donación remuneratoria* sería igualmente aplicable a supuestos en los que, sin existir obligación, la sociedad pagara al administrador una gratificación en atención a servicios distintos a la prestación del cargo. La cuestión que se plantea es si, a los efectos de la rescisión concursal, las donaciones remuneratorias han de considerarse como actos a título gratuito. La doctrina se pronuncia en sentido dubitativo, debido a la propia ambigüedad de la figura y a su deficiente y confusa regulación en el Código Civil. La Ley Concursal¹⁴⁴, a diferencia de lo que sucedía en el Código de Comercio (art. 880-5º), no establece ninguna excepción al declarar rescindible cualquier acto de disposición a título gratuito, lo que abonaría, en principio, la tesis que considera rescindible *ex lege* la donación remuneratoria¹⁴⁵. El Código Civil equipara la donación remuneratoria a los contratos onerosos en la parte de su valor que coincida con el valor de los servicios remunerados (art. 622 CC). Ello abonaría la tesis que entiende que la donación remuneratoria no puede ser considerada como un acto a título gratuito, salvo, estrictamente, en la parte que exceda de aquel valor¹⁴⁶. Para superar este obstáculo en el ámbito de la rescisión por fraude de acreedores prevista por el Código Civil, se ha señalado que tales donaciones podrían

¹⁴³ V. sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1986; para una valoración crítica de la sentencia, v. LÓPEZ DE MEDRANO, F., *RGD*, 1992, pg.10141; HUERTA VIESCA/VILLIERS, «La retribución de los administradores de sociedades anónimas y limitadas en el Derecho español y en el Derecho inglés: aproximación a sus aspectos comunes y nuevas perspectivas», *RGD*, 1995, pg. 12487.

¹⁴⁴ Debemos notar que el artículo 186 del Anteproyecto de Ley Concursal excluía del ámbito de la presunción a la donación remuneratoria.

¹⁴⁵ De esta opinión, LEÓN, F. «art. 71», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1309.

¹⁴⁶ SANCHO GARGALLO, I. *RJC*, 2004, pgs. 1138 y 1145; PINTÓ RUIZ, J. J., «De la retroacción al retorno de las acciones rescisorias», en *Estudios Olivencia*, IV, pg. 4292, subrayando que la exclusión exige la demostración del carácter «significativo, y, a la postre, útil para la masa del servicio remunerado».

ser consideradas como pagos «hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos» (art. 1292 CC), lo que justificaría su rescisión¹⁴⁷. Utilizando este mismo argumento en sede concursal, se ha propuesto reconducir el tratamiento de las donaciones remuneratorias al régimen aplicable a los actos de extinción anticipada de obligaciones con vencimiento posterior a la declaración de concurso¹⁴⁸. No obstante, aun cuando no constituya, en sentido estricto, una contraprestación, la donación remuneratoria exige que el donante haya obtenido un beneficio derivado de la actuación del donatario, lo que puede desdibujar la idea de perjuicio. Si a esta circunstancia se une el hecho de que los actos de disposición a título gratuito se presumen perjudiciales, sin posibilidad de prueba en contrario, parece razonable excluir a la donación remuneratoria del ámbito de dicha presunción¹⁴⁹, lo que, en los supuestos que abordamos en este trabajo, supone admitir la prueba en contrario, que habría de suministrar el administrador.

Los planteamientos esbozados son parcialmente extrapolables a los supuestos de contratos de servicios celebrados con el administrador con el único propósito de dotar de cobertura formal a la percepción de ciertos pagos¹⁵⁰. En unos casos, tales contratos tendrán la finalidad de crear una apariencia para encubrir una distribución encubierta de dividendos en virtud de un pacto suscrito entre todos los socios o, al menos, los mayoritarios; en otros, el objetivo será el de satisfacer una retribución al administrador con elusión de la exigencia de constancia estatutaria. Sea como fuere, constatada que la voluntad inicial de ambas partes es la de no exigir al administrador el cumplimiento de los servicios formalmente contratados, cabría concluir que los pagos realizados constituyen un desplazamiento patrimonial sin causa o con causa ilícita, cuya restitución puede ser reclamada a través de la acción de simulación. Sin perjuicio de lo expuesto, es obvio que en este tipo de casos se produce una lesión manifiesta de la masa activa que justificaría la rescisión de los pagos realizados, pudiendo fundamentarse la acción en la consideración de aquéllos como disposiciones a título gratuito, cuya prueba correspondería, en este caso, al actor. La tesis enunciada no es aplicable, sin embargo, a supuestos en los cuales la celebración del contrato tenga la finalidad de justificar el pago al administrador de una compensación por la prestación de servicios –aun diferentes a los formalmente declarados en el negocio– distintos al desempeño de las funciones del cargo. Acreditada la prestación efectiva de otros servicios, sólo cabría la rescisión de los pagos probando su carácter perjudicial.

En otro orden de ideas, debe rechazarse la posibilidad de considerar, a los

¹⁴⁷ V. JEREZ, C., *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos*, pgs. 214 y 216-217.

¹⁴⁸ De esta opinión, CRESPO ALLUÉ, F., «art. 71», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, I, pg. 1382.

¹⁴⁹ GIL RODRÍGUEZ, J., «art. 71», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 856.

¹⁵⁰ Indudablemente, se trata de supuestos de simulación absoluta; sobre su conceptualización, v. FERRARA, F., *La simulación en los negocios jurídicos*, Madrid, 1953, pgs. 53-54.

efectos que nos ocupan, como actos de disposición a título gratuito los pagos realizados por la sociedad en contraprestación por los servicios efectivamente prestados por un administrador en virtud de un contrato nulo o ineficaz. Un supuesto que puede plantearse con cierta frecuencia es aquel en el que el administrador de una sociedad limitada ha celebrado un contrato de servicios con esta última sin la aprobación de la junta general, debiendo entenderse que tal contrato es ineficaz, sin perjuicio de su posible ratificación (art. 67 LSRL)¹⁵¹. Suponiendo que, pese a dicha circunstancia, el administrador preste el servicio y cobre con cargo a los fondos sociales la retribución prevista en el contrato, no cabrá considerar tal pago como un acto a título gratuito. La rescisión requerirá la prueba del perjuicio que, indudablemente, vendrá facilitada por la presunción que deriva de la calificación del administrador como persona especialmente relacionada.

5. Efectos de la rescisión

5.1. *La declaración de ineficacia del acto rescindido*

De acuerdo con la regulación establecida por la Ley Concursal, la estimación de la acción rescisoria comportará la declaración de ineficacia del contrato o acto impugnado (art. 73.1 LC). Como ya se ha señalado anteriormente, es dudoso que pueda rescindirse un contrato pendiente de ejecución en el momento de la declaración de concurso, aun cuando existan argumentos que podrían apoyar tal posibilidad. No obstante, parece posible rescindir el contrato si, al menos en parte, ha sido cumplido antes de la declaración de concurso. En este sentido, la Ley Concursal dispone que la sentencia que estime la rescisión «declarará la ineficacia del acto impugnado», pronunciamiento que se realiza en sentido categórico y sin ningún tipo de reserva. Suponiendo que se haya impugnado el contrato, con fundamento en el perjuicio derivado de la realización de actos de cumplimiento del mismo antes de la declaración de concurso, la estimación de la demanda deberá comportar, de acuerdo con lo que se deduce del precepto aplicable, la declaración de ineficacia del contrato¹⁵². Ciertamente, como se ha señalado en la doctrina, los términos en que se pronuncia la norma «dificultan la configuración de una ineficacia relativa o ajustada a las exigencias del concurso»¹⁵³ y no deja a salvo a relación establecida entre el tercero y el deudor. No obstante, en este caso, está justificado tal efecto, dado que no sólo repara el perjuicio derivado de los concretos actos de cumplimiento ya realizados, sino que evita el perjuicio derivado del mantenimiento futuro de una relación jurídica intrínsecamente lesiva para el patrimonio del concursado.

¹⁵¹ V. ESTEBAN VELASCO, G., en *Tratando de la Sociedad Limitada*, pg. 752; ARANGUREN, J., en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, pg. 1356.

¹⁵² SANCHO GARGALLO, I., en *RJC*, 2004, pg. 1143, manifiesta que «en principio, la ineficacia afecta a la totalidad del negocio acto de disposición», aunque admite la posibilidad de que, en algunos casos, tenga un alcance parcial.

¹⁵³ Citada literal de GIL RODRÍGUEZ, J., «art. 71», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 890.

Esta misma situación puede plantearse, igualmente, en el caso de que el contrato de duración haya sido celebrado fuera del período de los dos años anteriores a la declaración de concurso, supuesto en el que, aquí ya sin ninguna duda, sólo cabrá la rescisión de los actos de cumplimiento realizados dentro de dicho período. La solicitud resolución por interés del concurso parece obligada, en tales casos, puesto que no parece razonable que el concursado mantenga el cumplimiento de un contrato cuya lesividad para los acreedores haya dado lugar a la rescisión de actos de cumplimiento realizados en el período precedente al concurso. No obstante, quizás fuera posible resolver el contrato por sobrevenida ilicitud de su causa, con base en la inmoralidad del «resultado práctico» que se deriva del cumplimiento, particularmente en aquellos casos en los que la parte *in bonis* fuera declarada de mala fe¹⁵⁴. Obviamente, de aplicar este planteamiento, la parte *in bonis* no tendría derecho alguno al resarcimiento.

5.2. *La restitución de prestaciones*

Como consecuencia de la rescisión, ambas partes deben restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas. La diferencia entre el valor de las prestaciones constituye la medida del perjuicio sufrido, a cuya reparación se dirige la rescisión. Como excepción, la obligación de restitución sólo corresponderá al administrador en los supuestos de rescisión de actos a título gratuito¹⁵⁵ o en el de los pagos de obligaciones considerados contrarios a la *par conditio creditorum*.

En el caso de los contratos de servicios, la prestación recibida por la sociedad –los servicios del administrador– no puede restituirse, in natura, debiendo concretarse en una suma de dinero equivalente al valor que tenía en el momento en el que fue realizada, calculada de acuerdo con las reglas del mercado¹⁵⁶.

Por otro lado, en el caso de que el administrador haya actuado de mala fe¹⁵⁷, el crédito a la restitución que le corresponda deberá ser calificado como subordinado en último grado dentro de la clasificación legal (arts. 73.3 y 92-6º LC). En relación con esta cuestión, se ha señalado en la doctrina que no cabe presumir la mala fe en las personas especialmente relacionadas

¹⁵⁴ Al respecto, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos*, t. II, pg. 243, señala que «el estigma de causa opuesta a la moral o contraria a las buenas costumbres se producirá cuando, por inmoral, el resultado práctico del negocio lo repugne la conciencia social y lo considere indigno del amparo jurídico».

¹⁵⁵ ALCOVER GARAU, G. «Aproximación al régimen de la reintegración concursal», pg. 346; SANCHO GARGALLO, I., en *RJC*, 2004, pg. 1143.

¹⁵⁶ V. MASSAGUER, J., en *Estudios Olivencia*, IV, pg. 4234.

¹⁵⁷ Respecto a la mala fe, ALCOVER GARAU, G., en *Estudio sistemático de la Ley 22/2003*, pg. 348, opina que debe equipararse al conocimiento de la situación económica comprometida del deudor, y no tanto al carácter perjudicial del negocio, extremo este último que ha de presumirse esto es, que conozca las dificultades económicas de la sociedad y los posibles perjuicios que la ejecución del contrato o el cobro de sus retribuciones puede ocasionar a los acreedores.

con el concursado por el mero hecho de serlo¹⁵⁸. No obstante, dicha tesis debe matizarse en el caso de los administradores de la sociedad concursada, dado que el deber de diligencia les obliga a conocer la exacta situación patrimonial de la sociedad y a actuar protegiendo sus intereses –y, por ende, los intereses de los terceros que se relacionan con la misma–. Por ello, en los supuestos que tratamos en este trabajo, quizás habría que partir de la regla inversa, presumiendo, salvo prueba en contrario, la mala fe del administrador.

A una solución similar podría llegarse aplicando la doctrina de la facilidad probatoria, consagrada en la Ley de Enjuiciamiento Civil y que, en sede de acciones de responsabilidad de administradores, ha sido frecuentemente invocada (art. 217 LC)¹⁵⁹. La aplicación de este criterio acarrearía, en el caso, una inversión de la carga de la prueba, de parecidos resultados a los que se derivarían de la presunción de mala fe.

La calificación como subordinado del crédito a la restitución que corresponde al administrador impide que pueda ser compensado con el crédito que, como consecuencia de la rescisión, corresponde a la sociedad. De ahí que, en el supuesto de que se declare la mala fe del administrador, este último deberá restituir a la sociedad lo que haya percibido en virtud del acto o negocio rescindido, sin compensación alguna con el crédito que le corresponda¹⁶⁰. Dicha calificación puede constituir una solución razonable para aquellos casos en los que el perjuicio derive no sólo del carácter excesivo de la retribución, sino de la falta de utilidad del servicio prestado –y retribuido por la sociedad–. Es claro que, en tales casos, nada se consigue con la aplicación de las reglas de restitución anteriormente expuestas y que, en el caso de la sociedad, supone la obligación de pago del valor de mercado de servicios que no satisfacen necesidades de su actividad.

V. EJERCICIO DE OTRAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN

Como expresamente admite la Ley Concursal, los negocios o actos jurídicos realizados por el concursado pueden impugnarse a través de otras acciones previstas por nuestro ordenamiento (art. 71.6 LC). Así, frente a actos que, por el momento de su realización, no sean susceptibles de rescisión concursal, cabe utilizar la acción rescisoria común, siempre y cuando esta última no haya caducado¹⁶¹. Nótese que, para ello, es preciso que concurran sus

¹⁵⁸ V. JACINTO GIL, G., «art. 73», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 863.

¹⁵⁹ V., entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004.

¹⁶⁰ Se ha señalado en nuestra doctrina que el auténtico triunfo de la acción rescisoria se produce en el caso de que se estime que la contraparte del concursado actuó de mala fe, calificándose como subordinado el crédito restitutorio que le corresponda; vid. ALCOVER GARAU, G., en *Estudio sistemático de la Ley 22/2003*, pg. 349.

¹⁶¹ V. LEÓN, F., «art. 71», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pgs. 1318-1319.

presupuestos específicos¹⁶² –prueba del fraude y del perjuicio, tal y como han sido interpretados por la jurisprudencia–. A través de esta vía, podrían impugnarse pagos realizados por la sociedad concursada a su administrador en concepto de retribución –o de indemnización– en contraprestación por el desempeño del cargo orgánico o por la prestación de otro tipo de servicios¹⁶³.

Igualmente, podrían ejercitarse acciones de nulidad frente a supuestos de simulación absoluta¹⁶⁴ o, particularmente en los casos que contemplamos, por infracción de la Ley (así, normas aplicables a la retribución de los administradores, principio de libre revocabilidad del cargo, etc.).

En el caso de los negocios celebrados con administradores de la sociedad de responsabilidad limitada, el incumplimiento del artículo 67 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada determinaría la ineficacia del contrato, cuya declaración podría ser instada por la administración concursal. Con mayores dudas, cabría impugnar a través de la acción de anulación¹⁶⁵ los contratos celebrados entre la sociedad y sus administradores alegando la existencia de autocontratación¹⁶⁶ o, de forma más amplia, de conflicto de intereses¹⁶⁷. En todos estos casos, la invalidez del negocio jurídico determinaría la aplicación de las reglas de restitución previstas en el Código Civil para los supuestos de nulidad del contrato (art. 1303 CC).

VI. CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE LAS RELACIONES DE SERVICIOS EXISTENTES ENTRE LA SOCIEDAD CONCURSADA Y SUS ADMINISTRADORES

Habida cuenta de la consideración del administrador como persona espe-

¹⁶² V. CRESPO ALLUE F., «art. 71», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, I, pgs. 1400 y ss.

¹⁶³ Sobre la posibilidad de ejercicio de la acción rescisoria común frente a supuestos de falta de equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos, v. JEREZ, C., *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos*, pgs. 273 y ss.

¹⁶⁴ LEÓN, F., «art. 71», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1320; GIL RODRÍGUEZ, J., «art. 71», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 870.

¹⁶⁵ CRESPO ALLUE F., «art. 71», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, I, pg. 1400, entiende que no cabe el ejercicio de la acción de anulabilidad por la administración concursal; en sede de rescisoria común, puede verse FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *El fraude de acreedores*, pgs. 105 y ss. El fundamento de esta tesis reside en el hecho de que el ejercicio de la acción es una opción personal que sólo corresponde al deudor. No obstante, GIL RODRÍGUEZ, J., «art. 71», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pg. 870; LEON, F., «art. 71», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1320.

¹⁶⁶ V. DIEZ PICAZO, L., *La representación en el derecho privado*, Madrid (Civitas), 1979, pg. 199.

¹⁶⁷ V. HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Consideraciones en torno a la autocontratación de los administradores en la sociedad anónima», en *Estudios Broseta*, II, pgs. 1709 y 1726-1727; BOQUERA MATARREDONA, J., «La regulación del conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada», *RDM*, núm. 217 (1996), pg. 1021, nota 29; ARANGUREN, J., en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, pg. 1359; no obstante, LÓPEZ DE MEDRANO, F., en *RGD*, 1992, pgs. 10151-10154.

cialmente relacionada con el concursado, pocas son las situaciones que, en este ámbito, se pueden plantear. Todos los créditos anteriores a la declaración de concurso que el administrador tenga contra la sociedad concursada deberán ser clasificados como subordinados en quinto lugar, dentro de la clasificación establecida por la Ley Concursal (art. 92-5º LC)¹⁶⁸. Esta clasificación procede respecto a cualesquiera créditos derivados de las relaciones entre el administrador y la sociedad. Así, entrarán en esta categoría los créditos en concepto de retribución por el cargo de administrador y por la prestación de cualquier otro tipo de servicio, conclusión que, a la vista de lo que dispone la normativa concursal, es extensible, igualmente a los créditos derivados de una relación laboral. Respecto a esta última cuestión, ha de notarse que el concursado es una persona jurídica, circunstancia que impide que el administrador-trabajador pueda beneficiarse de la exención de subordinación prevista por la Ley Concursal (vid. art. 92-5º en relación con el artículo 91-1º LC).

La misma calificación merecerán los créditos por indemnizaciones que, eventualmente, pudieran corresponder al administrador, siempre y cuando hayan nacido antes de la declaración de concurso. No es aplicable a estos créditos la tesis seguida por la doctrina, según la cual, las indemnizaciones que excedan, notoriamente, de los perjuicios ocasionados, han de recibir la calificación de subordinados, por asimilación a los créditos por multas y sanciones (art. 92-4º LC)¹⁶⁹. Tal conclusión deriva del hecho de que, per se, los créditos de los que sea titular el administrador habrán de ser clasificados en el ordinal quinto y no en el cuarto de la lista de créditos subordinados.

Todos los créditos nacidos a partir de la declaración de concurso, incluidos, en su caso, los indemnizatorios, deberán ser clasificados como créditos contra la masa¹⁷⁰, bien por derivar de la continuación de un contrato bilateral con prestaciones pendientes de cumplimiento o del mantenimiento del derecho a la retribución del cargo de administrador, bien por constituir nuevas obligaciones adquiridas o autorizadas por la administración concursal¹⁷¹.

¹⁶⁸ En sentido crítico, SASTRE PAPIOL, S., «Los créditos subordinados», en *Estudios Olivençia*, IV, pgs. 3926 y ss., manifiesta que el sistema de subordinación automática carece de justificación, abogando por un sistema que parte del establecimiento de una presunción iuris tantum, con posibilidad de prueba en contrario; vid. igualmente, ALONSO LEDESMA, C., en *Estudio sistemático de la Ley 22/2003*, pgs. 392 y ss.

¹⁶⁹ V. GARCÍA VICENTE, J. R., «art. 62», en BERCOVITZ, *ComLC*, pg. 712; GARRIDO, J. M^a, «Créditos subordinados (art. 92)», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *ComLC*, I, pg. 1665.

¹⁷⁰ V. CORDERO LOBATO, E., «art. 84», en BERCOVITZ, *ComLC*, pgs. 1004-1005; GOMEZ MENDOZA, M., «Créditos concursales y créditos contra la masa (art. 84.2-6º)», en SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, *ComLC*, II, pgs. 1699 y ss.

¹⁷¹ Vid. CORDERO LOBATO, E., «art. 84», en BERCOVITZ, *ComLC*, I, pgs. 1004-1005.

