

Tratamiento concursal de los contratos en la jurisprudencia española reciente y en el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal

Bankruptcy treatment of contracts in recent Spanish jurisprudence and in the new Consolidated Text of Bankruptcy Law

Martín González-Orús Charro

Profesor Asociado de Derecho Mercantil, Universidad de Salamanca

Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca

Campus Miguel de Unamuno, Avda. Francisco Tomás y Valiente, s/n.

37007-Salamanca, España

martingorus@usal.es

<https://orcid.org/0000-0003-3967-9922>

Abril 2021

RESUMEN: El pasado 1 de septiembre de 2020 entró en vigor el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal. Esta norma ha introducido algunas novedades en el régimen aplicable a los contratos en el procedimiento concursal. El objetivo de este trabajo es analizar la regulación legal de esta materia, combinándola con la inclusión de la jurisprudencia reciente e incorporar alguna comparación con la legislación de insolvencia portuguesa.

PALABRAS CLAVE: insolvencia; contrato; resolución.

ABSTRACT: On September 1, 2020, the new Consolidated Text of the Bankruptcy Law entered into force. This rule has introduced some new features in the regime applicable to contracts in bankruptcy proceedings. The objective of this work is to analyze the legal regulation of this matter, combining it with the inclusion of recent jurisprudence and to incorporate some comparison with the Portuguese insolvency legislation.

KEY WORDS: insolvency; contract; resolution.

SUMARIO:

1. Aproximación a la cuestión
 2. La continuidad de la actividad del concursado como principio general en el procedimiento de insolvencia
 - 2.1. Continuidad de la actividad empresarial y mantenimiento de la vigencia de los contratos
 - 2.2. Excepciones al principio de vigencia de los contratos: los supuestos especiales del art. 159 TRLC
 - a) Supuestos de denuncia unilateral contemplados expresamente por las leyes
 - b) Posibilidad de incorporar en los contratos cláusulas resolutorias por motivos concursales cuando así los dispongan expresamente las leyes
 3. Tratamiento concursal de los contratos con obligaciones recíprocas
 - 3.1. Contratos pendientes de cumplimiento por una de las partes
 - 3.2. Contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes
 4. La resolución del contrato en interés del concurso
 - 4.1. Presupuesto objetivo
 - 4.2. Presupuesto subjetivo
 - 4.3. Procedimiento. Especial consideración al plazo de ejercicio
 - 4.4. Efectos
 5. La resolución del contrato por incumplimiento
 - 5.1. Resolución por incumplimiento anterior
 - 5.2. Resolución por incumplimiento posterior
 - 5.3. Aspectos comunes a ambas modalidades
 - a) Procedimiento y efectos
 - b) *Excursus*: el mantenimiento judicial del contrato
- Bibliografía

1. Aproximación a la cuestión

El presente trabajo aborda el tratamiento concursal de los contratos. Tras la declaración de insolvencia del deudor común, la normativa dispone un régimen especial en sede contractual que integra excepciones a la teoría general de obligaciones, cuyo análisis se expone en las páginas siguientes. Este estudio resulta oportuno por dos motivos. El primero, y más amargo, deriva del importante incremento de procedimientos concursales que están tramitando nuestros juzgados y que, desafortunadamente, crecerá todavía más. Todo ello por razón del fuerte impacto negativo que ha supuesto la pandemia del COVID-19 para la economía mundial, pues los Gobiernos y otras autoridades competentes han adoptado medidas encaminadas a la contención de la epidemia. Entre ellas, la paralización temporal de una gran parte del tejido empresarial¹. La segunda razón está trae su causa en la importante reforma legislativa que ha experimentado España en materia de insolvencia. En efecto, el pasado 7 de mayo de 2020 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR), que entró en vigor el 1 de septiembre de 2020. Esta norma sustituye a la anterior Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC)² después de sucesivos mandatos por elaborar una reforma legislativa en sede de insolvencia que incorporase la rica doctrina jurisprudencial generada en los últimos años y, fundamentalmente, porque la ley anterior quedó muy desestructurada como consecuencia de las múltiples reformas que había experimentado³.

¹ En España concretamente, estas medidas se han venido produciendo de manera ininterrumpida desde que comenzamos a afrontar la pandemia. Así, dispuso el Gobierno la promulgación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (publicado en el BOE con fecha de 14 de marzo de 2020), cuya vigencia fue prorrogada en sucesivas ocasiones. Posteriormente, dictó el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (publicado en el BOE con fecha de 25 de octubre de 2020, que actualmente se mantiene en vigor. En el plano concursal, promulgó normativa que introdujo, entre otras medidas, la prórroga del deber de solicitar la declaración de concurso a los deudores que se encontraban en estado de insolvencia. Particularmente, destaca el Real Decreto 16/2020, de 18 de abril, de medidas procesales y organizativas, para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE de 29 de abril de 2020), cuyo art. 11 dispuso: "Hasta el 31 de diciembre de 2020 el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso". No obstante, esta norma fue derogada y sustituida por el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria (BOE de 19 de noviembre de 2020), cuya disposición final décima prorrogó nuevamente el deber de solicitar el concurso hasta el 14 de marzo de 2021. Finalmente, y en la actualidad, esta obligación ha vuelto a ser objeto de aplazamiento hasta el 31 de diciembre de 2021 por la disposición final séptima del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 (BOE de 13 de marzo de 2021).

² BOE de 10 de julio de 2003.

³ El Texto Refundido de la Ley Concursal es resultado del Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), que se produjo fruto del mandato contenido en la Disposición Final Tercera de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (BOE 21 febrero 2019). En ella, el legislador autoriza y habilita al Gobierno para elaborar y aprobar, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Empresa, en un plazo de ocho meses a contar desde la entrada en vigor de esta ley, un texto refundido de la Ley Concursal. Esta autorización incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos. En realidad, la Disposición Final Octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia Concursal, establecía el mismo mandato, pero de fecha anterior. Las razones que motivaron la incorporación de este TRLR aparecen reflejadas en su exposición de motivos: "La historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas. Es difícil encontrar una ley que, en tan pocos años, haya experimentado tantas y tan profundas modificaciones. Las esperanzas que había suscitado ese derecho de nueva planta, con la lógica aspiración a la estabilidad normativa, pronto se desvanecieron: desde la fecha de promulgación de esta ley, sucesivas leyes y decretos-leyes, con un ritmo acentuado en la décima legislatura, han sustituido principios y enmendado normas legales, a la vez que han constituido el cauce para la inclusión de

Actualmente, casi toda la regulación en torno a los efectos que despliega el concurso sobre los contratos aparece contenida en los arts. 156-191 TRLC. Cabe indicar que no se abordará toda la materia relativa a los contratos en todos los preceptos indicados, pues ello requeriría dedicar un espacio muy extenso a este estudio. Se analizarán exclusivamente cuestiones generales, concretamente los principios básicos del concurso aplicables al contrato: indicaciones relativas a la vigencia tras la declaración de la insolvencia, la existencia y clasificación de créditos de los contratos vigentes durante el procedimiento concursal, la denominada "resolución en interés del concurso" y por incumplimiento, o el mantenimiento judicial del contrato pese a la existencia de causas resolutorias. No entraremos en el estudio de otros aspectos que, sin duda ofrecen una importancia esencial, pero son supuestos muy concretos que se alejan de la regulación genérica que deseamos examinar. Así sucede con el mecanismo de la rehabilitación de contratos de financiación y de crédito, de gran trascendencia para el concursado, pues le permite continuar recibiendo capital para desarrollar de mejor manera su actividad empresarial en el concurso; igualmente ocurre en sede de rehabilitación de arrendamientos urbanos, pudiendo continuar el deudor en los locales arrendados sin posibilidad de ejercer el desahucio contra él; y, en último término, tampoco será objeto de este estudio el análisis de la regulación de los contratos laborales, por quedar fuera del ámbito estrictamente mercantil.

Junto con el análisis normativo y doctrinal, se incluirán pronunciamientos jurisprudenciales recientes sobre el campo analizado. De este modo, pretendemos incorporar la casuística que nuestros Juzgados y Tribunales han emitido en tiempos recientes y que, sin duda, aportarán gran riqueza al trabajo. Asimismo, procede añadir que el estudio que realizaremos tendrá alguna referencia comparativa con la normativa de insolvencia portuguesa, contenida en el "Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas" (en adelante (CIRE)⁴, concretamente en sus arts. 102-119.

El procedimiento concursal constituye un cúmulo de excepciones a las reglas generales del derecho de obligaciones. Su principal finalidad es salvaguardar el interés colectivo de todos los acreedores concurrentes ante un cambio sobrevenido en las circunstancias económicas del deudor. La legislación concursal es el mecanismo dirigida a atenuar el impacto de la insolvencia mediante un tratamiento prudente, basado en la gestión óptima y racional de los recursos patrimoniales del concursado. De este modo, se pretende lograr una satisfacción amplia del interés del concurso, considerado como el interés colectivo los acreedores en el cobro de sus créditos⁵. Para ello, la normativa concursal dispone la necesidad de continuar generando activo

nuevas instituciones y de nuevas soluciones". Es resultado de una larga tarea de trabajo, redactado por una Ponencia especial nombrada dentro de la Sección Segunda de la Comisión General de la Codificación. Este grupo ha estado integrado por el maestro Ángel Rojo Fernández-Río, como Presidente; Carmen Alonso Ledesma, Esperanza Gallego Sánchez, Enrique Piñel López y Juana Pulgar Ezquerro, como vocales; y ampliada posteriormente por los Magistrados Alberto Arribas Hernández y Enrique García. Para una visión más completa e ilustradora, se recomienda consultar las reflexiones del Prof. Rojo sobre el iter de este texto refundido desde su elaboración hasta su entrada en vigor, con los correspondientes informes emitidos en torno a esta nueva norma: Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, "El Texto Refundido de la Ley concursal", *Anuario de Derecho concursal*, n.º 51, 2020, pp. 9-26.

⁴ Decreto-Lei n.º 53/2004.

⁵ Sobre el interés del concurso, aconsejamos consultar a I. TIRADO MARTÍ, "Reflexiones sobre el concepto de interés concursal", *Anuario de Derecho Civil*, 2009, p. 1084. Por otro lado, la SAP de Barcelona de 28 de marzo de 2012 (JUR/2012/169396) efectuó una aportación interesante sobre este concepto: "Por interés del concurso debe entenderse, en términos generales y en última instancia, la búsqueda del mayor grado de satisfacción general de

durante el procedimiento, objetivo que sólo puede alcanzarse mediante la adopción de ciertas medidas, algunas de ellas son las que se expone en los epígrafes siguientes constituyen el grueso del trabajo.

2. La continuidad de la actividad del concursado como principio general en el procedimiento de insolvencia

2.1. Continuidad de la actividad empresarial y mantenimiento de la vigencia de los contratos

El TRLC aboga por el mantenimiento de la actividad empresarial del deudor, procurando preservar e incrementar la masa activa del procedimiento y así poder hacer frente al pago de los créditos de la mejor manera posible. Determina el art. 111.1 LC: *"La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor"*. Considerando que el TRLC aboga por el convenio entre el deudor y los acreedores, la única solución para garantizar la posibilidad de tal situación es mantener la actividad productiva, distributiva o de prestación de servicios del deudor. Es un mecanismo importante para poder satisfacer el interés del concurso⁶. Además, ello permitirá engrosar la masa activa y lograr unas mejores condiciones en la negociación del acuerdo y mayor confianza de los acreedores; en caso de liquidación, cuando mayor sea el activo, mayor será la parte del pasivo satisfecha.

La continuación de la actividad se acuerda con carácter general; no obstante, en situaciones excepcionales cuando esta medida no resulte una opción rentable para el concurso, conviene ordenar el cierre parcial o total de la empresa: *"El juez, a solicitud de la administración concursal, previa audiencia del concursado y, si existieran, de los representantes de los trabajadores, podrá acordar, mediante auto, el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el concursado, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de esta"* (art. 114.1 TRLC). La paralización de la actividad del concursado procede en aquellos casos en que los gastos de continuación supongan una carga excesiva para la masa del concurso, o si como consecuencia

los acreedores, es decir, cuando con el cumplimiento del contrato se logre un mayor grado de satisfacción de los acreedores que con la resolución. La norma, que se explica en una situación concursal, no ordena comparar, a estos efectos, el interés del concurso, o de la masa pasiva, con el interés particular de la parte que ha cumplido, es decir, con un interés individual, para determinar si el beneficio al concurso derivado del cumplimiento supera o justifica el sacrificio individual de la contraparte. Lo que prevé es una ponderación judicial para determinar si el cumplimiento del contrato proporciona unas ventajas superiores a la colectividad o universalidad de acreedores que la que proporcionaría su resolución, siempre primando la atención al beneficio que resulte para el concurso".

⁶ En este sentido, consúltese: J. TÁLENS SEGÚI, "Artículos 105-112", en J.I. PEINADO GARCÍA, (Dir.); y E. SANJUÁN Y MUÑOZ, (Dir.), *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Tomo I, Madrid, Sepin, 2020, pp. 748-749.

de los resultados adversos de la actividad su mantenimiento se oponga al interés de los acreedores⁷.

Salvando esta excepción, para lograr una efectiva continuidad de la actividad del deudor, es preciso adoptar una serie de medidas. Una de ellas, y que adquiere carácter esencial, es garantizar el mantenimiento de los contratos concertados entre el concursado y terceros. Dispone el art. 156 TRLC: "*La declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato*". De la lectura del precepto observamos una diferencia con respecto a la previsión que contemplaba el ya derogado art. 61.2 LC, cuyo tenor prescribía: "*La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte*". El art. 156 TRLC ha proporcionado una mayor claridad sobre la redacción proporcionada por la LC, que excluía a los contratos que carecían de naturaleza bilateral sinalagmática o recíproca, como, por ejemplo, los unilaterales⁸ y los plurilaterales o asociativos, así como los denominados "bilaterales imperfectos"⁹.

Uno de los argumentos manifestados para la defensa exclusiva del principio general de vigencia de los contratos sinalagmáticos, y no de otros en la anterior LC, descansaba en que esa reciprocidad garantizaba la existencia de ingresos o contraprestaciones correlativas a los sacrificios realizados por la masa activa¹⁰. Afortunadamente, el citado precepto del TRLC ha generalizado la aplicación del principio básico concursal del mantenimiento de la vigencia de los contratos con obligaciones de todo tipo¹¹. Y ello se apoya sobre la base de preservar la actividad del deudor para asegurar el fin propio del concurso: la satisfacción de los acreedores a través de los cauces que el TRLC establece¹². Ahora bien, el TRLC reserva ciertas facultades y actuaciones a las partes que hayan formalizado, y continúen vigentes al tiempo del concurso,

⁷ M. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, "Tratamiento concursal de los contratos de distribución", en M.Á. ALCALÁ DÍAZ, *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Barcelona, Bosch, 2015, p. 356. Por otra parte, el concepto de cierre se aproxima más al término de suspensión de actividad, pues el empresario continúa obligado a llevar los libros obligatorios, formular las cuentas o la presentación de los oportunos impuestos, pese a que paraliza temporalmente el funcionamiento de ciertas oficinas, establecimientos o explotaciones. Así lo expone A.M. GALLEGU SÁNCHEZ, "Artículo 114", en J.I. PEINADO GARCÍA, (Dir.); y E. SANJUÁN Y MUÑOZ, (Dir.), *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Tomo I, Madrid, Sepin, 2020, pp. 759. Para mayor ahondamiento, consúltese: J.L. MONEREO PÉREZ, *La conservación de la empresa en la ley concursal. Aspectos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2006, p. 79.

⁸ La doctrina ya venía considerando la aplicación del antiguo art. 61 LC a los contratos unilaterales por razones funcionales. Vid. A. MARTÍNEZ FLÓREZ, "Comentario a los arts. 61 a 63", en Á. ROJO Y E. BELTRÁN (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo I, Madrid, Civitas, 2004, p. 1143; M. GÓMEZ MENDOZA, "Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales", en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 2797-2799; M.L. SÁNCHEZ PAREDES, "Los contratos bilaterales pendientes en el concurso". *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 18, 2009, pp. 429-431; y M. ANTÓN SANCHO, "Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores", *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 32, 2014, p. 297.

⁹ La norma también se aplica a los denominados "contratos bilaterales imperfectos", que generan obligaciones para ambas partes, pero que no disponen de un verdadero sinalagma, al no existir una relación de interdependencia y reciprocidad entre las prestaciones que los integran (por ejemplo, el *swap*). Vid.: M. GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, "Declaración de concurso y contratos: resolución en interés del concurso y resolución por incumplimiento", *Ars Juris Salmanticensis*, vol. 5, 2017, p. 113.

¹⁰ J.R. GARCÍA VICENTE, "Concurso y contratos", en J.A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, (Dir.), *Jurisprudencia y concurso*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 771.

¹¹ M.T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "Comentario al artículo 156-165", en J. PULGAR EZQUERRA, (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*, Madrid, La Ley, 2020, pp. 859.

¹² M.T. OTERO COBOS, "Artículos 156-165", en J.I. PEINADO GARCÍA, (Dir.); y E. SANJUÁN Y MUÑOZ, (Dir.), *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Tomo I, Madrid, Sepin, 2020, p. 1015.

contratos de naturaleza bilateral sinalagmática (por ejemplo: la resolución en interés del concurso –art. 165 TRLC- o por incumplimiento posterior –arts. 161 TRLC).

Para reforzar este principio de vigencia, el art. 156 TRLC dispone también: "*Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes*". La incorporación de estas estipulaciones era muy frecuente en la práctica contractual que se venía produciendo con anterioridad a la LC. El legislador ya introdujo tal previsión en el art. 61.3 LC, trasladada al actual TRLC con una redacción inalterada respecto de la norma anterior. Esta ineficacia descansa en la protección del interés de los acreedores, que se vería seriamente perjudicado si tales cláusulas gozaran de protección legal, pues la continuidad de la actividad empresarial quedaría gravemente afectada. Todo contrato las incorporaría como causa de resolución y los contratantes no concursados *-in bonis-* activarían su eficacia tras la declaración del concurso¹³. Por tanto, son nulas, y, además, su ineficacia se produce *ope legis*, sin que sea requisito previo la solicitud de nulidad frente al juez¹⁴. La razón es clara: agilizar el procedimiento evitando los retrasos innecesarios que produciría resolver todas y cada una de las solicitudes de aquéllos contratos que incorporasen tales estipulaciones, y que en la práctica actual no dejan de ser frecuentes por el desconocimiento de los contratantes de esta prohibición al tiempo de formalizar el negocio. No obstante, esta previsión de ineficacia conoce de ciertas excepciones, contempladas en el art. 159 TRLC, que serán examinadas en un apartado posterior, al cual nos remitimos.

En conclusión, los contratos vigentes al tiempo de la declaración del concurso continúan cumpliéndose en los mismos términos en que fueron pactados, sin perjuicio de la limitación de las facultades del deudor. En supuestos de mera intervención, la Administración Concursal establece los actos y operaciones que puede llevar a cabo el deudor con carácter general (art. 112 TRLC) y cuáles precisan de una autorización especial. Así, por ejemplo, en un contrato de suministro en el que es parte suministrada el concursado, quedarán autorizados los pedidos relativos a sus necesidades ordinarias de abastecimiento (los necesarios para atender las necesidades de subsistencia de la empresa)¹⁵. En cambio, precisará de una autorización específica e individualizada para solicitar otros suministros suplementarios o que impliquen un importante desembolso económico. En caso de acordar el régimen de suspensión, corresponde a la Administración Concursal ejecutar por sí misma la actividad económica (art. 113 TRLC), realizando los pedidos que considere necesarios. Sin embargo, nada impide que este órgano pueda solicitar la colaboración del deudor para facilitar la gestión empresarial (art. 42 LC).

En el Derecho portugués, el principio de vigencia del contrato existe, pero la subsistencia del negocio depende de la voluntad del administrador concursal, que ha de atender a criterios razonables. En efecto, el art. 102.1 CIRE dispone: "*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos*

¹³ M.T. OTERO COBOS, "Artículos 156-165", cit., p. 1017.

¹⁴ M.T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "Comentario al artículo 156-165, cit., p. 861; y M.T. OTERO COBOS, "Artículos 156-165", cit., p. 1016.

¹⁵ J. JUAN Y MATEU, "Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada", *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 13, 2008, p. 119.

siguientes, en cualquier contrato bilateral en el que, a la fecha de la declaración de concurso, existan obligaciones pendientes de cumplimiento, tanto por el concursado como por la otra parte, el cumplimiento se suspende hasta que el administrador concursal declare elegir ejecutar o negarse a cumplir". El acreedor dispone de garantías porque al administrador concursal debe adoptar una decisión; en ausencia de pronunciamiento, se presupone el deseo de no continuar con el contrato (art. 102.2 CIRE). Además, la legislación considera abusiva la elección de mantener el contrato cuando resulte improbable el cumplimiento puntual de las obligaciones por la masa concursal (art. 102.4 CIRE).

Por otro lado, la legislación portuguesa tiene una perspectiva eminentemente casuística en el ámbito contractual en el concurso. Así, en materia de compraventa, si se pacta la reserva de dominio y resulta insolvente el vendedor, la otra parte podrá exigir la plena ejecución del contrato si la cosa ya le ha sido entregada en la fecha de la declaración de concurso (art. 104.1 CIRE); en supuestos de compraventa con la propiedad ya transmitida, pero sin entrega del bien adquirido, el administrador concursal tiene el deber de cumplir el contrato y efectuar la *traditio* (art. 105 CIRE). En sede de arrendamientos, la declaración de concurso del arrendatario no suspende el contrato, pero el administrador concursal siempre puede resolverlo con 60 días de preaviso (art. 108.1 CIRE); en cambio, si el concursado es el arrendador, el contrato sólo finalizará por expiración del plazo, sin perjuicio de las prórrogas obligatorias (art. 109.1 CIRE). En el supuesto de los contratos de servicios, declarado el concurso existe la posibilidad de denunciarlos con un preaviso de 60 días; incluso la ley permite la terminación anticipada, pero si la ejercita el administrador concursal deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados (art. 111 CIRE).

2.2. Excepciones al principio de vigencia de los contratos: los supuestos especiales del art. 159 TRLC

Como excepción a la prohibición contenida en el art. 156 TRLC de establecer cláusulas resolutorias del contrato por motivos concursales, el art. 159 TRLC prevé dos excepciones a la misma. La primera permite ejercitar el derecho de denuncia unilateral para cuando la ley así lo disponga expresamente. Y, la segunda, para aquéllos supuestos en que las leyes permitan la incorporación de cláusulas resolutorias por motivos concursales.

a) Supuestos de denuncia unilateral contemplados expresamente por las leyes

Dispone el art. 159.1 TRLC: "*La declaración de concurso no afectará al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato en los casos en que así se reconozca expresamente por la*

ley". Es indudable que el precepto hace referencia al denominado "desistimiento *ad nutum*", que constituye una facultad de carácter unilateral de las partes para desvincularse del contrato de duración indefinida sin alegar causa que lo justifique. En nuestro Derecho, esta modalidad de extinción sólo se reconoce para supuestos concretos. De los múltiples casos existentes, cabe destacar los indicados por el CC: la facultad de revocación del mandante (arts. 1732.2º y 1733 CC) y la renuncia del mandatario (arts. 1732.2º, 1736 y 1737 CC); la facultad atribuida al dueño en el contrato de obra para apartarse del contrato (art. 1594 CC); la facultad del depositante para reclamar lo depositado en cualquier momento (art. 1775 CC) y la del depositario para restituir antes del término designado (art. 1776 CC); o la facultad del socio para disolver la sociedad civil sin término de duración (arts. 1705 y 1706 CC). En otras normas, el ejercicio del desistimiento se contempla para el arrendatario de una finca urbana (art. 11 LAU); en supuestos de contratos de seguro, la normativa permite para el asegurador y el adquirente en casos de transmisión del objeto asegurado (arts. 34-36 LCS), para el comisionista (art. 279 CCom), o el consumidor (arts. 68.1 y 73 TRLCU). Pero sin duda, la regulación más pormenorizada de la figura se encuentra en la Ley sobre el Contrato de Agencia para el agente comercial (art. 25 LCA).

Considerando que el art. 159.1 TRLC sólo permite el desistimiento para caso expresamente previstos por las leyes, cabe exponer la siguiente reflexión: en los contratos por tiempo indefinido para los que la ley no contemple expresamente una facultad de desistimiento unilateral, ¿quedan las partes necesariamente obligadas a su cumplimiento mientras dure el procedimiento concursal sin posibilidad de denunciarlo? Actualmente, nuestro Ordenamiento no reconoce de forma general un derecho de desistimiento *ad nutum* para los contratos de duración indefinida; no obstante, todo contrato debe tener un mecanismo de extinción regular. En los contratos por tiempo determinado, la forma natural de finalización es el vencimiento del término, y llegado éste sin que las partes hayan procedido a prorrogarlo, quedará automáticamente extinguido. Tal previsión se reconoce en el art. 156 TRLC, que admite la terminación del vínculo al finalizar el plazo pactado, al prohibir expresamente la extinción anticipada por motivos concursales. El término "anticipada" sólo es predicable para relaciones jurídicas por tiempo prefijado.

Los contratos de duración indefinida, en cambio, no disponen de plazo de vigencia concreto. Pueden perfeccionarse sin un término delimitado, pero nunca de forma perpetua, tal y como proscribió el art. 1583 CC (si bien es cierto que lo contempla para el arrendamiento de servicios). Por tanto, para que finalicen es precisa alguna actuación de los contratantes, pues sólo de este podrá abandonar la relación de forma regular. Para efectuar la denuncia, se reconoce una facultad de desvinculación¹⁶. Es un desistimiento unilateral ejercitable por ambas

¹⁶ M. KLEIN, (*El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, Civitas, 1997, p. 140) quien considera aplicable esta solución tanto a los contratos típicos como a los innominados, tales como la concesión o el suministro. También, S. ESPIAU, "La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial", *Aranzadi Civil*, 1998, p. 118; C. DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Granada, Comares, 2000, p. 75; C. RODRÍGUEZ MARÍN, *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, Montecorvo, 1991, pp. 195 y 196; y M.J. VAQUERO PINTO, "El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida", en E. LLAMAS POMBO (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo II, Madrid, La Ley, 2006, pp. 900 y 901.

partes, sin necesidad de alegar causa alguna (*ad nutum*). Ahora bien, para garantizar una protección razonable al contratante desistido, los estándares de la buena fe contractual exigen ejercitarlo mediante un preaviso. De este modo, la parte afectada podrá adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias negativas derivadas de una terminación inmediata e intempestiva. Conforme a este parámetro examinado, procede efectuar una consideración en torno al derecho de desistimiento en el concurso.

A nuestro juicio, hubiera sido aconsejable extender el ámbito de aplicación del art. 159.1 TRLC en lugar de integrarlo en el TRLC con la misma redacción que su antecesor (art. 63.1 LC). Debería haber incorporado, además, a todos los contratos de tracto sucesivo con duración indefinida¹⁷. De lo contrario, resulta injusto permitir la extinción regular del contrato pactado por tiempo determinado y no de aquéllos que tengan una duración indefinida y carezcan de regulación legal que expresamente reconozca del derecho de desistimiento unilateral. Así, por ejemplo, el contrato de suministro perfeccionado con carácter indefinido, carente de desistimiento al ser legalmente atípico, impediría su extinción por vía regular en el concurso; y, sin embargo, su formalización en modalidad temporal, permitiría su finalización por vencimiento del plazo pactado.

No desconocemos las consecuencias derivadas de permitir una medida de tal extremo, pues es muy probable que el contratante *in bonis* ejercite el desistimiento nada más conocer la declaración de concurso de la otra parte; sin embargo, esa terminación no es inmediata porque deberá respetar un plazo de preaviso, durante el cual el contrato continúa ejecutándose y generando activo para la masa. Ahora bien, para aquéllos contratos de duración indefinida que no tengan preaviso legal establecido (por ejemplo: contratos de distribución indirecta integrada: concesión, distribución selectiva y franquicia), el desistimiento deberá efectuarse una antelación razonable, considerando las circunstancias e intereses de los contratantes y los del procedimiento concursal. De este modo, un contrato puede finalizar de forma regular con independencia de su naturaleza temporal (prefijada o indefinida). El principio de vigencia de los contratos consagrado en el art. 156 TRLC no debe suponer un impedimento para que las relaciones jurídicas terminen por medios regulares acordes a su naturaleza; implica, más bien, la imposibilidad de extinguirlas de una manera inmediata o anticipada por causa del concurso. En tal sentido, hubiera sido aconsejable proporcionar al art. 159.1 TRLC una redacción similar a la que se expone a continuación: "*La declaración de concurso no afectará al ejercicio de la facultad de desistimiento ad nutum para los casos en que se reconozca expresamente por la ley, así como la que procede de forma general para los contratos de tracto sucesivo con duración indefinida, respetando el preaviso establecido en la normativa o, en su defecto, el que resulte razonable en función de las circunstancias de la relación jurídica que se extingue y de las necesidades del concurso*".

¹⁷ Comparte esta opinión M.T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ("Comentario al artículo 156-165, cit., pp. 883-884) quien entiende que el art. 159.1 TRLC incluye implícitamente el derecho de desistimiento unilateral en los contratos de tracto sucesivo con duración indefinida. En contra: J. TÁLENS SEGUÍ, "Artículos 105-112", cit., p. 1035-1036.

b) Posibilidad de incorporar en los contratos cláusulas resolutorias por motivos concursales cuando así los dispongan expresamente las leyes

La otra excepción al principio de vigencia del contrato (art. 156 TRLC) es la contemplada en el art. 159.2 TRLC: *"La declaración de concurso no afectará a la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes"*. El precepto se circunscribe exclusivamente a las leyes que expresamente: a) dispongan la extinción del contrato en caso de concurso (con carácter automático), lo cual puede producirse tanto en el momento de la declaración como en el de la liquidación, si así procede al finalizar la fase común; o b) permitan a las partes pactar la facultad de resolución por este motivo. No se hace referencia a las leyes que otorgan directamente el derecho a resolver (sin necesidad de pacto previo), pero deben entenderse incluidas debido a razones de lógica y de jerarquía¹⁸.

De toda la casuística existente, cabe destacar los ejemplos más importantes. El primero de ellos es el art. 1732.3º CC, que dispone el fin del mandato por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario. Consideramos relevante mencionar la insolvencia en el contrato de comisión mercantil. Previamente a la derogada LC, la quiebra del comisionista causaba la terminación automática del contrato, pero no por la propia declaración judicial del estado de insolvencia, sino por la inhabilitación como efecto inherente a todo quebrado (art. 280 CCom). Actualmente, el comisionista sólo verá extinguido el acuerdo por causa del concurso si, tras la calificación, resulta culpable del mismo. Previsión parecida determina el art. 110 del CIRE portugués, que dispone la extinción de los contratos de mandato, incluidos los de comisión, por la declaración de insolvencia del comitente.

En materia de contrato de seguro, la normativa contempla la facultad resolutoria ante el concurso de una de las partes (art. 37 LCS). Se aplica el régimen de los arts. 34-36 LCS en caso de insolvencia, de modo que cabe la extinción una vez abierta la liquidación, manteniéndose vigente durante la fase común¹⁹. Por remisión del art. 37 LCS a los arts. 34-36 LCS, la resolución sólo puede ejercitarse respetando determinados requisitos de forma y tiempo. Así, quien desee interponerla puede hacerlo mediante notificación escrita y a partir de los quince días siguientes tras la apertura de la fase de liquidación (arts. 37 LCS)²⁰.

Uno de los supuestos más importantes aparece contemplado en el art. 26.1.b) LCA (modificado por la Disp. Fin. 29ª LC²¹), que permite a la parte no concursada la resolución del acuerdo

¹⁸ De esta opinión, A. MARTÍNEZ FLÓREZ, "Comentario a los arts. 61 a 63, cit.", p. 1178-1179.

¹⁹ F. SÁNCHEZ CALERO, "Comentario al art. 37 LCS", en F. SÁNCHEZ CALERO (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro: comentarios a la Ley 50-1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, p. 790.

²⁰ R. BONARDELL LENZANO, *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 97.

²¹ La redacción originaria del art. 26.1 b) LCA permitía la facultad de denuncia de cada parte del contrato por el solo hecho de la declaración de la otra en estado de quiebra o cuando hubiese sido admitida a trámite la solicitud de suspensión de pagos. Este último supuesto fue muy criticado por la doctrina, puesto que –a diferencia de la declaración de quiebra– la admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos no acarrearía la inhabilitación del empresario en suspenso, por lo que podía seguir ejerciendo su actividad, de manera que no tenía sentido otorgar esta facultad a las partes en tales circunstancias. Vid. F. VALENZUELA GARACH, "La extinción del contrato de

(independientemente de que éste se haya concertado por tiempo determinado o indefinido) sin necesidad de preaviso cuando la otra sea declarada en concurso. En este caso, la relación finaliza tras la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa motivadora de la extinción (art. 26.2 LCA). El precepto mencionado ha tenido gran repercusión en ámbito de los contratos de concesión, distribución selectiva y franquicia, también denominados “de distribución en sentido estricto” (carentes de regulación normativa). Atendiendo a su identidad funcional con el contrato de agencia, un sector de la doctrina pretende la extensión analógica de esta normativa para que les sea de aplicación también a estos contratos²², a pesar de sus diferencias de régimen jurídico (el agente actúa por cuenta ajena mientras que el distribuidor en sentido estricto lo hace por cuenta propia). A nuestro juicio, el régimen dispuesto en el art. 159.2 TRLC no puede ser aplicado a los contratos de distribución en sentido estricto, pues carecen de previsión legal expresa que permita la facultad resolutoria por motivos concursales. En su caso, podrán ser resueltos a través de los procedimientos estrictamente determinados por la TRLC (arts. 61.2 2º y 62 LC)²³.

Otro supuesto aparece contenido en el texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), relativo al contrato de edición. El cese de la explotación de una obra a consecuencia del concurso del editor da derecho al autor a solicitar al juez para que ordene la reanudación de aquélla. El juez, en tal caso, podrá fijar un plazo para que se restablezca la explotación, quedando resuelto el contrato si así no se hiciere (art. 68.2 TRLPI). En realidad, no se trata de una facultad resolutoria, sino de un derecho de la parte *in bonis* (exclusivamente el autor) a solicitar al juez del concurso el establecimiento de un plazo para restablecer el cumplimiento de un deber del editor que ha cesado por motivos concursales. Y sólo cuando la autoridad judicial acceda (ya que el precepto dice “podrá fijar” y no “fijará”), el contrato se extinguirá automáticamente si tras el tiempo concedido no se hiciere aquello que se hubiere ordenado.

En último lugar, cabe traer a colación uno de los supuestos más importantes. Los contratos públicos a la luz de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)²⁴ tienen una detallada regulación en materia de resolución por motivos de insolvencia. Como causas comunes de extinción, se menciona la declaración de concurso (art. 211.1.b) LCSP), concretada también para el contrato de concesión de obra pública (art. 269.b) LCSP).

agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo”, *DN*, nº 37, 1993, pp. 3-5; A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “La declaración judicial de quiebra como causa de denuncia del contrato de agencia”, en *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. II, 1998, p. 1267, nota al pie 11; R. LARA GONZÁLEZ, *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 345-346; y F. MARTÍNEZ SANZ, “Comentario a los arts. 23 a 31”, en F. MARTÍNEZ SANZ, M. MONTEAGUDO, y F. PALAU RAMÍREZ, *Comentario a la ley sobre contrato de agencia*, Madrid, Civitas, 2000, p. 438.

²² De esta opinión: M.A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “El contrato de franquicia”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.) *Contratos mercantiles*, tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 921; y con relación al contrato de máster franquicia, J. MARTÍ MIRAVALLS, *El contrato de máster franquicia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, p. 507.

²³ En apoyo a esta postura: D. VÁZQUEZ ALBERT, “Las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de agencia y concesión” (II), *RJC*, nº 2, 2006, p. 65; A. GARCÍA HERRERA, *La duración del contrato de distribución en exclusiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 478 y ss.; M.J. VAQUERO PINTO, “La terminación en los contratos de distribución”, M.J. HERRERO GARCÍA, (Dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Pamplona, Aranzadi, 2010, p. 331-332; F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución selectiva. Aspectos concursales, contractuales y marcarios*, Madrid, La Ley, 2013, pp. 251-252; M. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, “Tratamiento concursal de los contratos de distribución”, cit., p. 371 y ss.; y ÁVILA DE LA TORRE, A., “Efectos del concurso sobre los contratos de distribución”, en F. CARBAJO CASCÓN (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 548-550.

²⁴ BOE 9 de noviembre de 2017.

Producida la declaración, la Administración pública queda facultada para extinguir la relación, pero si decide continuarla, el contratista deberá prestar las garantías suficientes para su ejecución (art. 212.5 LCSP) y que podrán ser cualquiera de las admitidas en Derecho²⁵. Sin embargo, si la insolvencia es declarada en cualquier otro procedimiento, o si se produce la apertura de la fase de liquidación en caso de concurso, la resolución debe instarse de forma obligatoria (arts. 212.2 LCSP).

3. Tratamiento concursal de los contratos con obligaciones recíprocas

El TRLC incorpora especialidades para aquellos contratos que integran obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, según resulten de ellos prestaciones pendientes de cumplimiento por una o ambas partes, determinando un régimen concursal específico. La norma establece reglas en materia de calificación de créditos según la parte que reste por cumplir su obligación, considerando la naturaleza de la relación (tracto único o sucesivo).

Tales reglas se aplican a contratos con obligaciones recíprocas. Por tanto, antes de proceder a examinar el régimen concursal aplicable, procede determinar qué se entiende por obligaciones recíprocas y por qué exige tal condición la normativa concursal. En respuesta a la primera cuestión, procede incorporar un extracto de la importante STS de 19 de febrero de 2013²⁶: *"cabe hablar de obligaciones recíprocas cuando, (1º) con causa en un mismo negocio, (2º) nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes, que ocupan la doble posición de acreedora y deudora de la otra, siempre que (3º) exista entre las prestaciones una interdependencia o mutua condicionalidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal, determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contravalor o contraprestación de la otra. La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales"*.

3.1. Contratos pendientes de cumplimiento por una de las partes

Dispone el art. 157 TRLC: *"En los contratos con obligaciones recíprocas, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las que fueran a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso"*. La prestación aun no ejecutada se califica como un crédito o deuda concursal, según proceda. Si el deudor cumple íntegramente, la parte

²⁵ M. CARLÓN, "Comentario al art. 67 LC", en Á. ROJO y E. BELTRÁN (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, tomo I, Madrid, Civitas, 2004, p. 1250.

²⁶ STS de 19 de febrero de 2013 (RJ 2013/2568).

pendiente de realizar por el contratante *in bonis* se integra en la masa activa del concurso. En cambio, la prestación no ejecutada por el concursado se incluye en la masa pasiva como un crédito concursal (privilegiado, ordinario o subordinado).

Ahora bien, el término de contrato íntegramente cumplido por una de las partes tiene un significado ligeramente flexible. En este sentido, basta que el contratante cumplidor haya realizado todas las prestaciones que tengan carácter principal, aunque no haya cumplido las accesorias²⁷, salvo que estas últimas sean indispensables para que la principal despliegue sus efectos, en cuyo caso el contrato no se considerará plenamente cumplido²⁸. En este caso, el régimen aplicable no será el del art. 157 TRLC, sino el del art. 158 TRLC.

Especialmente problemática ha resultado la aplicación del art. 157 TRLC al contrato de préstamo. Tradicionalmente, pese a su carácter unilateral, se ha venido considerando, con criterio de buena lógica y razón, que tal precepto es aplicable a este contrato aun sin ser considerado como contrato con obligaciones recíprocas. Así, todas las cuotas pendientes de pago por parte del prestatario constituían un crédito concursal en favor del prestamista. Así se pronunció la SAP de Barcelona de 1 de junio de 2006²⁹: *"la obligación de devolución del préstamo que recaía sobre la prestataria había nacido con la propia formalización del contrato y la entrega por parte de la prestamista de la suma objeto del préstamo, antes de la declaración de concurso. La doctrina entiende que se trata de un contrato real porque se perfecciona con la entrega de la suma de dinero al prestatario, quien a partir de entonces asume la obligación de devolver esta cantidad con los intereses expresamente pactados y, en este caso, de acuerdo con el fraccionamiento de pago y los términos convenidos. Es además un contrato de tracto único y unilateral, pues una vez perfeccionado con la entrega del dinero objeto del préstamo, tan sólo nacen obligaciones para el prestatario, sobre todo la de devolución del préstamo de acuerdo con el fraccionamiento y los plazos convenidos. Consiguientemente, al tiempo de declararse el concurso de la prestataria, en que ya había vencido el primer plazo y restaban el resto, quedaba pendiente únicamente el cumplimiento de esta obligación de devolución del préstamo, que conforme al art. 61.1 LC debía incluirse en la masa pasiva, y por lo tanto considerarse crédito concursal"*.

Posteriormente, resultó muy clarificadora la STS de 11 de julio de 2018³⁰, pues distinguió entre préstamo simple y con intereses, considerando al primero como un contrato unilateral del que únicamente deriva para al prestatario el deber de devolver el capital prestado. En cambio, la naturaleza del negocio cambia cuando aquél asume otras prestaciones, como sucede en el préstamo con interés, donde, además de devolver el importe principal, se obliga a entregar otras cantidades dinerarias adicionales en concepto de intereses remuneratorios. Aquí, nuestro Alto Tribunal lo ha calificado como un contrato del que emanan prestaciones recíprocas: *"en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas (...) El simple*

²⁷ A. MONTSERRAT, "Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales". *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 14, 2008, p. 73.

²⁸ R. LARA GONZÁLEZ, *Las causas de extinción del contrato de agencia*, cit., p. 277.

²⁹ SAP de Barcelona de 1 de junio de 2006 (AC 2006/1004).

³⁰ STS de 11 de julio de 2018 (RJ 2018/2793).

hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad, como sucede en el caso litigioso que da lugar al presente recurso de casación. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al art. 1124 CC si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses". En el caso de préstamo con intereses, de conformidad a lo expuesto en la sentencia citada, adquiriría la categoría de contrato con obligaciones recíprocas, por lo que procedería la aplicación del art. 157 TRLC con mayor razón.

Por otra parte, además de la reciprocidad, el art. 157 TRLC se aplica a contratos de tracto único, como la compraventa o la permuta. Y ello porque la posibilidad de que una de las partes haya cumplido íntegramente el contrato por una de las partes y no por la otra no parece que pueda predicarse en relaciones de tracto sucesivo, donde periódica y sucesivamente se van generando prestaciones a cargo de ambos contratantes. Estos contratos quedarán continuamente pendientes de cumplimiento por las dos partes, de modo que su régimen jurídico-concursal queda supeditado al art. 158 TRLC y no al 157 TRLC³¹, que será abordado en el epígrafe siguiente.

En torno a la cuestión del tracto y la aplicación del art. 157 TRLC, resulta interesante la cuestión particular del arrendamiento financiero o *leasing*. Es un contrato por el cual una parte (generalmente una entidad de crédito o establecimiento financiero de crédito) adquiere de un tercero bienes específicos a solicitud de la otra (usuario del bien), quien no puede asumir el coste de los mismos, para destinarlos a su actividad empresarial a cambio del pago de una cuota periódica por la utilización de los mismos³².

En ocasiones se ha defendido la postura del arrendador como obligado exclusivamente a poner en disposición (entrega) del arrendatario los bienes objeto del acuerdo (*leasing* simple), lo que determina que el cumplimiento se realiza en un solo acto, quedando pendiente el de la otra parte, quien ha de ejecutarlo de manera periódica (pago por alquiler), correspondiendo el régimen contenido en el 157 TRLC. En realidad, las entidades arrendadoras buscan exclusivamente la parte financiera del negocio, de manera que con la adquisición y entrega del bien se desentienden de cualquier otro deber adicional (como el de garantizar el goce pacífico del bien)³³. En tal caso, el crédito del arrendador es concursal, pero atendiendo al art.

³¹ M.T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "Comentario al artículo 156-165, cit., p. 861; y M.T. OTERO COBOS, "Artículos 156-165", cit., p. 1021-1023.

³² Sobre la definición del *leasing*, consúltese la Disp. Ad. Séptima de Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (BOE 30 julio 1988); y, también la jurisprudencia generada al respecto. Concretamente: SSTS de 18 de noviembre de 1983 (RJ/1983/6487); de 28 de mayo de 1990 (RJ/1990/4092); de 14 de diciembre de 2004 (RJ/2004/8038); y de 4 de diciembre de 2007 (RJ/2008/42).

³³ En este sentido dispuso la STS de 2 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5102): "Al primar el interés de la arrendataria en la adquisición del bien mediante el ejercicio del derecho de opción por un precio residual, sobre el de la utilización por el tiempo pactado, permite que la arrendadora, en ocasiones, se desvincule de las obligaciones clásicas que a la misma impone el Código Civil. (...) para decidir sobre la reciprocidad de las obligaciones derivadas del arrendamiento financiero en concreto, no cabe acudir a las obligaciones que por definición impone el contrato de arrendamiento".

270 4º TRLC, será privilegiado especial³⁴: "*Los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago*" (art. 90.1 4º LC)³⁵. Resulta interesante la idea mantenida por un sector de la doctrina, que entiende aplicable al *leasing* este régimen, pero no porque discuta el alcance de la obligación del arrendador, sino porque directamente concibe la naturaleza del negocio como una compraventa a plazos³⁶.

En otros casos se entiende que el deber del arrendador no concluye con la mera entrega, sino que está obligado a garantizar el goce pacífico (art. 1554 3º CC) y aseguramiento de la cosa a lo largo de todo el contrato (*leasing* mixto). En tal caso, ambas prestaciones estarán pendientes de cumplimiento al momento de la declaración de insolvencia, puesto que el tracto se mantiene vigente hasta el final de la relación. Se aplica, aquí, el art. 158 TRLC, asumiendo como créditos concursales las cuotas impagadas anteriores al concurso y contra la masa las posteriores.

En realidad, para determinar el régimen jurídico-concursal aplicable al *leasing*, habrá que estar a la casuística mediante el examen del clausulado contractual.

3.2. Contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes

De conformidad al art. 158 TRLC: "*La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el concursado*". Este precepto acoge un supuesto distinto al anterior, pues determina los efectos que se producen sobre los contratos cuyas prestaciones quedan pendientes de cumplimiento por ambas partes.

³⁴ Vid., J.M. GARRIDO, "Comentario al art. 90 LC", en Á. ROJO y E. BELTRÁN (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, tomo I, Madrid, Civitas, 2004, pp. 1624-1625.

³⁵ No obstante, la jurisprudencia matiza el alcance de este precepto, limitando el privilegio exclusivamente a las cuotas del arrendamiento junto con todos los elementos integrados en ellas. La SAP de Barcelona de 15 de mayo de 2009 (TOL 1604254) aclara que, desde la perspectiva del arrendamiento financiero, sólo gozan del privilegio especial los créditos debidos a los arrendadores y sólo en concepto de cuotas del arrendamiento. Todo elemento que forme parte de dicha cuota queda cubierto por el privilegio especial, como, por ejemplo, la recuperación del coste del bien (inversión) sin incluir el valor de la opción de compra, el interés remuneratorio pactado y el IVA correspondiente. Vid., también: SSJM nº 6 de Madrid de 14 de mayo de 2012 (AC/2012/1024); nº 4 de Barcelona de 12 de febrero de 2010 (JUR/2010/130953); y SAP de Girona de 24 de enero de 2013 (AC/2013/885). En la doctrina: F. CERDÁ ALBERO, "El contrato de *leasing* en el concurso de acreedores", en A. M. TOBÍO RIVAS (Coord.), *Estudios de derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Jose Antonio Gómez Segade*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 1197-1198.

³⁶ De esta opinión, G. GALICIA AIZPURUA, ("Naturaleza de las cuotas de *leasing* devengadas tras la declaración de concurso", *Aranzadi civil-mercantil*, nº 1, 2016, pp. 142-144) quien considera que la entidad financiera actúa como un financiador-comprador ejecutando su prestación mediante un único acto (entrega), siendo el único titular del bien el solicitante del mismo y, por tanto, en sede concursal, el acreedor ostenta una garantía real sobre cosa ajena, disponiendo igualmente de un crédito con privilegio especial (para todas las cuotas, tanto anteriores como posteriores). Vid., también: F. CARBAJO CASCÓN, "Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 5 de septiembre de 2013 (ROJ STS 4918/2013): sobre la calificación de las cuotas impagadas de contrato de *leasing* tras la declaración de concurso (o los misterios de la interpretación)", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, pp. 337-340.

El precepto se refiere, fundamentalmente, a los contratos de tracto sucesivo o ejecución continuada, aunque también incluye a aquéllos de tracto único con obligaciones aún no satisfechas por los dos contratantes, y establece su régimen de transición entre el momento anterior y posterior a la declaración de concurso.

La STS de 21 de marzo de 2012³⁷ define el contrato de tracto sucesivo como aquel *"por el que un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente de forma más o menos permanente en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable, dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato"*. Son contratos que forman parte del activo empresarial y adquieren gran importancia para la continuación de la actividad económica (contratos de suministro -luz, materias primas, género para reventa-, estimatorio, de licencia de marca, etc.). En otras ocasiones constituyen la causa principal o razón de ser del negocio (agencia en exclusiva, contratos de concesión, selectiva o franquicia), de manera que su mantenimiento es indispensable porque de ellos emanan la totalidad o mayoría de los ingresos.

Como efecto primero, la ley dispone que el procedimiento concursal no altera la vigencia ni el cumplimiento del contrato, en consonancia con el principio general de conservación de las relaciones jurídicas (art. 156 TRLC). La redacción en este punto se mantiene con respecto al art. 61.2 LC, que en TRLC redundaba a efectos de recordar la importancia de estos contratos para el funcionamiento de la actividad productiva.

Las prestaciones pendientes de cumplimiento, generadas antes y después del concurso, disponen de un régimen concreto determinable a través de los principios generales sobre calificación de créditos que incorpora el TRLC. En tal sentido, el legislador refundidor no ha aprovechado la ocasión para dar mayor claridad a la redacción del art. 61.2 LC. El art. 158 TRLC se limita a señalar que las partes deben ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquéllas a que esté obligado el concursado, sin distinguir entre las anteriores y posteriores al concurso. En este sentido, tampoco aclara nada el art. 242 9.º TRLC al incluir como créditos contra la masa: *"Los que, conforme a esta ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso"*. Considerando tal circunstancia, existen autores que se han posicionado a favor de la tesis unitaria, optando por considerar como créditos contra la masa a las obligaciones generadas antes y después del concurso con motivo de la relación jurídica de tracto sucesivo³⁸. Alguno de los motivos esgrimidos a favor de esta postura toman su base en el incentivo del contratante *in bonis* para no solicitar la resolución³⁹, porque si todo su crédito se califica contra la masa, dispone de una posición privilegiada frente a los acreedores concursales. En realidad, aunque el acreedor pida

³⁷ STS de 21 de marzo de 2021 (RJ 2012/5571).

³⁸ De entre los comentaristas del TRLC, sugiere esta interpretación: M.T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "Comentario al artículo 156-165, cit., p. 880.

³⁹ M.T. OTERO COBOS, "Artículos 156-165", cit., p. 1021.

la resolución por causa de incumplimiento de la otra parte, el juez podría ordenar el mantenimiento del contrato, y aquí las prestaciones debidas antes del concurso y las originadas con posterioridad al concurso se abonarán con contra la masa (art. 164 TRLC), cuestión que examinaremos más adelante. Otro de los argumentos defendidos en que la parte *in bonis* cobrará con elevada seguridad si todos sus créditos se cobran contra la masa; en realidad, esto último no es cierto necesariamente, sobre todo si el procedimiento concluye por insuficiencia de la masa activa.

A nuestro juicio, las normas examinadas (arts. 158 y 2429.º TRLC) aportan poca claridad a la cuestión, y, si cabe, ninguna novedad sobre la legislación anterior. En tal sentido, sólo procede formular nuestra postura, incidiendo en que, si la intención del legislador fue considerar todas las prestaciones devengadas antes y después del concurso como créditos contra la masa, pecó de poco prudente en la redacción del art. 158 TRLC. Mejor habría sido otorgarle un tenor distinto al precepto como, por ejemplo: "*Ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el concursado antes de la declaración de concurso y las que se devenguen con posterioridad*". Sin embargo, no fue así. En consecuencia, la interpretación debe sujetarse a las reglas generales sobre calificación de créditos, establecida sobre el criterio básico de la temporalidad del devengo del crédito. De esta manera, las prestaciones originadas tras la declaración de concurso se abonan con cargo a la masa, mientras que las anteriores se integran en la masa activa o pasiva. Es un mecanismo factible en los contratos de tracto sucesivo, pues la generación continua de prestaciones autónomas facilita la discriminación entre aquéllas nacidas con anterioridad y posterioridad al procedimiento concursal. Otra decisión sobre este extremo supondría privilegiar injustamente a la parte *in bonis*, y generaría un perjuicio a la *par conditio creditorum*.

4. La resolución del contrato en interés del concurso

Pese al principio general de vigencia del contrato, el legislador incorpora un mecanismo resolutorio exclusivo del procedimiento concursal. Es la denominada "resolución en interés del concurso", o tradicionalmente llamada como "resolución voluntaria", pese a que esta última definición peca de imprecisiones, pues su estimación no depende de la exclusiva voluntad de quién ejercita esta facultad, sino que es el juez quien tiene la última palabra. Prescribe el art. 165.1 TRLC: "*Aunque no exista causa de resolución, el concursado, en caso de intervención, y, la administración concursal, en caso de suspensión, podrán solicitar la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas si lo estimaran necesario o conveniente para el interés del concurso*". La resolución en interés del concurso es un mecanismo causal, por tanto, no puede ejercitarse *ad nutum*, ya que de lo contrario deberíamos utilizar el término desistimiento, y carecería de sentido formular solicitud ante el juez para su posterior aprobación. Precisa de un motivo único y estrechamente conectado al procedimiento concursal, como veremos a continuación.

4.1. Presupuesto objetivo

El primer presupuesto básico que contempla el art. 165.1 TRLC resulta una novedad con respecto a su antecesor (art. 61.2 II LC). Antes, la resolución quedaba reservada para los contratos con prestaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes, con exclusión de aquéllos cuyas obligaciones hubieran sido realizadas íntegramente por una de ellas. Ahora, en cambio, el legislador extiende tal facultad a todo contrato con obligaciones recíprocas, con independencia de su grado de cumplimiento⁴⁰. Lógicamente, no se incluyen a los contratos con obligaciones íntegramente satisfechas por las dos partes, pues la completa ejecución conlleva la íntegra satisfacción del fin del negocio; y, en este caso, no procedería hablar de resolución, sino de ineficacia, pero no es este el supuesto.

La resolución se funda en un único motivo: el interés del concurso. La regla general es la conservación de todas las relaciones que engrosen la masa activa, eliminando aquellas que resulten económicamente indeseables para la misma. Esto último sucede cuando no generan activos suficientes por ser negocios poco rentables⁴¹ o excesivamente gravosos en su contenido y garantías⁴². También cuando las condiciones que integran son comparativamente peores las de otros contratos que pudieran celebrarse en el mercado para satisfacer la misma necesidad⁴³. En realidad, el legislador refundidor incurre en un defecto terminológico al indicar “aunque no exista causa de resolución”, porque tal motivo existe, no basado en un incumplimiento, pero sí en circunstancias desfavorables para el procedimiento concursal.

La normativa portuguesa dispone un principio similar. El art. 120.2 CIRE permite la resolución en interés de la masa de todos los actos que la perjudican, concretamente, de aquéllos que reducen, frustran, entorpecen, ponen en peligro o retrasan la satisfacción de los acreedores concursales. En tal caso, habrá que estar a cada relación jurídica concreta para valorar el impacto económico que genera sobre la masa activa y proceder en consecuencia.

4.2. Presupuesto subjetivo

La facultad de resolver el contrato en interés del concurso queda reservada a la parte concursada. Por un lado, puede ejercitarla el propio deudor en régimen de intervención, en

⁴⁰ Así lo confirma la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián de 18 de noviembre de 2020 (JUR 2021/60922). Vid., también: M.T. OTERO COBOS, “Artículos 156-165”, cit., p. 1074-1075. De opinión contraria es M.T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, (“Comentario al artículo 156-165, cit., p. 912-913) quien niega el ejercicio de esta facultad en situaciones de contrato íntegramente cumplido por la parte *in bonis* por motivos de lógica y finalidad de las normas concursales, que se mantienen respecto de la anterior LC. En estos supuestos, advierte la autora, la única solución es conceder a favor del contratante no concursado un crédito concursal, sin posibilidad de permitir la resolución del contrato en interés del concurso, y todo ello por razón de evitar situaciones que alteran la *par conditio creditorum*: “no sería igualitario, para el conjunto de acreedores del concursado que ya lo eran con anterioridad al concurso, permitir a uno de ellos solicitar la resolución y ejecutar su crédito de restitución inmediata (con cargo a la masa) en condiciones más favorables”.

⁴¹ En esta dirección, N. BERMEJO GUTIÉRREZ, (*Créditos y quiebra*, Madrid, Civitas, 2002, p. 379) apunta que la Administración Concursal puede optar por no asumir el cumplimiento del contrato cuando la prestación contratada no sea del interés de la comunidad concursal porque su valor para los acreedores sea inferior a su coste.

⁴² J.R. GARCÍA VICENTE, “Comentario a los arts. 61 a 63”, cit., p. 699.

⁴³ F. JUAN Y MATEU, “Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada”, p. 137.

cuyo caso cabe plantear si precisa autorización previa de la Administración Concursal. Un sector de la doctrina entiende que no resulta necesaria⁴⁴ porque finalmente será el juez quien estime o deniegue su procedencia⁴⁵. Otro rango de autores, en cambio, la consideramos preceptiva para la validez del acto porque la Administración Concursal responde de la buena o mala gestión del concurso, quedando sometida a un severo régimen de responsabilidad (arts. 94-99 TRLC)⁴⁶. Es más, si el concursado intervenido no presenta la resolución cuando resulte la medida más beneficiosa para el procedimiento, la Administración concursal, por analogía del art. 119 TRLC, podrá interponerla en su nombre, incluso aunque aquél se oponga⁴⁷. En casos más extremos, el juez puede decretar el cambio a la suspensión de facultades (art. 106.3 TRLC) para que la inste por sí misma⁴⁸.

En supuestos de suspensión de facultades patrimoniales, será la Administración concursal quien deba interponer la resolución. Deberá hacerlo cuando el contrato a extinguir esté originando una importante pérdida para la masa activa, pudiendo imputarle la responsabilidad por el daño causado a la misma cuando, siendo consciente de la situación descrita, adopte una actitud pasiva (arts. 94-99 TRLC). Quedan excluidos para su ejercicio el contratante *in bonis* y el juez, quienes en su caso, sólo podrán sugerirla cuando la consideren conveniente para el interés del concurso⁴⁹.

4.3. Procedimiento. Especial consideración al plazo de ejercicio: una cuestión aun no resuelta

Para solicitar la resolución en interés del concurso, los legitimados tienen dos posibilidades, contempladas en el art. 156.2 TRLC: *"Antes de presentar la demanda ante el juez del concurso, las personas legitimadas podrán solicitar al Letrado de la Administración de Justicia que cite al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato a una comparecencia ante el juez del concurso. Celebrada la comparecencia, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad*

⁴⁴ A. MARTÍNEZ FLÓREZ, "Comentario a los arts. 61 a 63", cit., p. 1149; E. AZNAR GINER, *La resolución del contrato en interés del concurso*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 33; y F. BLASCO GASCÓ, *Declaración de concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 51.

⁴⁵ Vid. R. BONARDELL LENZANO, *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, cit., p. 67.

⁴⁶ Postura que defendí en su día en M. GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, ("Declaración de concurso y contratos: resolución en interés del concurso y resolución por incumplimiento", cit., p. 115) junto con la de otros autores: J.R. GARCÍA VICENTE, "Comentario a los arts. 61 a 63", cit., p. 700. Por otra parte, R. FUENTES DEVESA, ("Cuestiones procesales de la resolución de los contratos en el concurso", *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, n.º 10, 2009, p. 200) afirmó: *"Aunque se asuma la tesis de que es exigible la autorización o consentimiento de la administración concursal para poner el concursado intervenido en marcha el mecanismo resolutorio, no considero necesario acudir al incidente concursal para su anulación, sino que por economía procesal bastaría en esa comparecencia ex art. 61 manifestar que se actúa sin autorización para privar de eficacia ese acto iniciador. Y en sentido contrario, si se entiende ajustado, también debe aprovecharse tal comparecencia para sanarlo, expresando la conformidad a dicha iniciativa"*.

⁴⁷ A. MONTERRAT, "Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales", cit., p. 91.

⁴⁸ F. BLASCO GASCÓ, *Declaración de concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 51.

⁴⁹ R. FUENTES DEVESA, "Cuestiones procesales de la resolución de los contratos en el concurso", cit., p. 199.

con lo acordado. Si hubiere discrepancias, cualquiera de los legitimados podrá presentar demanda de resolución conforme a lo establecido en el apartado anterior”.

La primera vía es intentar llegar a un acuerdo con la parte afectada: el acreedor *in bonis*. Como este trámite debe aprobarlo el juez, deberán comparecer ante él para acordar los términos de la resolución. Así, cualquier legitimado podrá solicitar la comparecencia judicial ante el Secretario de la Administración de Justicia para que proceda a la citación formal de las partes. Celebrada la reunión, pueden suceder dos cosas: 1) que exista acuerdo, en cuyo caso el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado⁵⁰; o 2) si hay discrepancias, los legitimados podrán interponer demanda solicitando al juez la resolución (art. 165.2 TRLC).

En caso de no comparecencia por alguna de las partes, los efectos derivados serán diferentes en función de quién sea la parte ausente. Si no comparece el legitimado para instar la resolución (concurtido o Administración concursal) se considera un desistimiento tácito de su pretensión, sin perjuicio de que pueda volver a interponerla en un momento posterior (arts. 20.3 y 442.1 LEC). En cambio, si no asistiere el *in bonis* o la parte concursada no promotora de la resolución, el asunto se resuelve por la vía del incidente concursal, aunque en tal caso sería razonable equiparar el supuesto a la terminación por mutuo disenso, en tanto que no se ha manifestado una posición contraria a la resolución⁵¹.

La segunda vía es interponer directamente una demanda de resolución, sin necesidad de intentar un acuerdo previo a través de la comparecencia anterior (no es trámite obligatorio porque el precepto alude indudablemente a su carácter voluntario: el art. 165.2 TRLC dice expresamente “podrán solicitar”, refiriéndose a la reunión para lograr un acuerdo). La demanda debe interponerse conforme a las reglas del incidente concursal (arts. 532-543 TRLC) pues es a través de este procedimiento por el que debe dirimirse la controversia (art. 165.3 TRLC). En juez resolverá esta vez mediante sentencia (art. 540 TRLC)

⁵⁰ De conformidad con la dicción del precepto, no parece posible adoptar otra solución que no sea la de confirmar el acuerdo, de hecho, sería un supuesto de transacción judicial (art. 1809 y ss. Cc). En este sentido, la gran mayoría de la doctrina es coincidente con esta postura: vid. A. MARTÍNEZ FLÓREZ, “Comentario a los arts. 61 a 63, cit., p. 1152; J. MARTÍNEZ ROSADO, “Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivenza*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 2967; E. AZNAR GINER, *La resolución del contrato en interés del concurso*, cit., p. 42; R. BONARDELL LENZANO, *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, cit., p. 70; y F. BLASCO GASCÓ, *Declaración de concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, cit., pp. 53-54. En sentido contrario, J.R. GARCÍA VICENTE, “Comentario a los arts. 61 a 63”, cit., p. 698; y F. HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO, (“Comentario a los arts. 61 a 63”, en M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (Coord.), *Comentario a la nueva Ley Concursal*, Madrid, Irgium, 2004, pp. 328-329) exponen que, a pesar de la dicción literal del precepto, el juez es, en última instancia, el garante de los derechos de los acreedores que podrían resultar afectados negativamente por una resolución pactada en términos perjudiciales para los intereses de la masa. Por tanto, el acuerdo podría no aprobarse si el juzgador entendiese que el acuerdo perjudica los intereses del concurso o en general de terceros, ya que, la renuncia mutua de los derechos, con correlativo reconocimiento de los del contrario no ha de perjudicar a terceros (art. 6.2 Cc).

⁵¹ Sostiene J.R. GARCÍA VICENTE, (“Comentario a los arts. 61 a 63”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I, Madrid, Tecnos, p. 703) que, para este caso, debería resultar de aplicación el art. 442. 2 LEC (en relación a lo establecido en la Disp. Final quinta LC), de manera que el juez debería validar el acuerdo en base a dos razones básicas: de un lado, porque la extinción es fruto de un consenso entre las partes y, de otro, porque la parte *in bonis* queda protegida aun procediéndose a la resolución, cobrando la indemnización contra la masa (crédito prededucible).

Otra cuestión debatida ya en la anterior LC es la relativa al plazo de ejercicio para interponer la resolución del contrato. Al igual que su antecesora, el TRLC no indica nada al respecto, de modo que no existe plazo concreto para solicitar el fin de la relación por motivo del interés de concurso. A fin de proporcionar soluciones a la cuestión, la doctrina impulsó varias proposiciones. Por ejemplo, García Vicente consideró que la Administración concursal y/o el concursado conservan la facultad de resolución del contrato hasta la finalización del procedimiento concursal⁵². Martínez Flórez propuso otra alternativa: que la parte *in bonis* solicite a la concursada para que conteste antes del informe de la administración concursal que se pronuncie sobre si va o no a solicitar la extinción. Si contesta que cumplirá el contrato, no podrá después ejercitar la facultad resolutoria; mismo efecto si la contestación se realiza fuera del plazo. En cambio, si la parte *in bonis* no interpela al concursado y éste deja transcurrir el plazo para que la administración concursal presente el informe sin pronunciarse al respecto, ya no podrá, después, solicitar la resolución en interés del concurso, aunque no haya sido previamente interpelado por la parte *in bonis*⁵³.

Considerando la nueva norma, entendemos que es firme decisión del legislador la omisión de plazo. Todo ello sobre la base de que este asunto ya se hacía patente antes de la LC, pues las propuestas legislativas que la precedieron sí dedicaron un espacio a la cuestión⁵⁴, y el refundidor tampoco era ajeno a ellas. Esta conducta nos parece reprobable, pues la fijación de un plazo límite para el ejercicio de la facultad resolutoria responde a criterios razonables y de seguridad jurídica. Su ausencia genera una situación de incertidumbre permanente para la parte *in bonis* sobre la subsistencia de su contrato⁵⁵. A nuestro juicio, hubiera sido deseable procurar un tiempo razonable para tomar la decisión de resolver desde la declaración del concurso⁵⁶, estableciendo una lista de aquellas relaciones jurídicas que interesa mantener, y cuales procede extinguir o, al menos, indicar su dudosa subsistencia en el concurso. De esta manera, los acreedores afectados conocen con cierta celeridad la suerte de sus contratos, que no es definitiva, porque el juez tendrá la última palabra.

⁵² J.R. GARCÍA VICENTE, "Comentario a los arts. 61 a 63", cit., p. 678.

⁵³ A. MARTÍNEZ FLÓREZ, "Comentario a los arts. 61 a 63, cit., p. 1153-1154; y A. MONTERRAT, "Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales", cit., p. 91, nota 52.

⁵⁴ Por ejemplo, el art. 64.1 del Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959, otorgaba al órgano de administración el plazo de un mes, a contar desde la fecha de declaración del concurso para ejercer el derecho de opción. En caso de guardar silencio durante el tiempo mencionado, se entendía automáticamente que se aceptaba la ejecución del contrato (art. 46.4). El art. 174.1 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 señalaba que la opción de resolución debía ejercitarse dentro del plazo que estableciera la sentencia declarativa del concurso para la insinuación de créditos. A falta de pronunciamiento en este caso, se entendía resuelto el contrato de manera automática, surgiendo un derecho de la contraparte a insinuar en el concurso el crédito correspondiente a los daños y perjuicios causados (art. 174.2). En último lugar, el art. 72.2 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal elaborada por Fernández-Río, sometía la eficacia de la resolución a la notificación a la otra parte que debía ser realizada antes de que finalizara el plazo para presentar solicitud de reconocimiento de créditos. La parte *in bonis* quedaba facultada (dentro de ese plazo) para requerir a la sindicatura, al deudor y a los interventores manifestación sobre la resolución del contrato. No ejercitada la facultad de resolución dentro de los cinco días siguientes a la recepción del requerimiento, ya no podía ser ejercitada con posterioridad, a no ser que el juez aprobara un convenio que no fuera de continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor u ordenara la liquidación de la masa activa (art. 72.3).

⁵⁵ M.T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "Comentario al artículo 156-165, cit., p. 915

⁵⁶ Posición que mantengo desde hace unos años cuando la defendí por primera vez en: M. GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, "Declaración de concurso y contratos: resolución en interés del concurso y resolución por incumplimiento", cit., p. 117.

En la normativa portuguesa concursal existe una previsión legal al respecto, contenida en el art. 102.1 y 2 CIRE. Como ya se indicó, este precepto determina que, en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, la ejecución del contrato se suspende hasta que el administrador concursal declare elegir ejecutar o no cumplir con el contrato. Aquí, la norma concede al acreedor la facultad de fijar un plazo razonable que puede exigir al administrador concursal para que ejerza la opción indicada; y, en caso de silencio por parte de esta última y habiendo transcurrido el término prefijado por aquél, se considerará que no existe voluntad de cumplir el contrato, como ya indicamos en páginas anteriores. En caso de optar por la resolución, dictamina el art. 123.1 CIRE que el administrador concursal deberá comunicarla a la otra parte por carta certificada con acuse de recibo; esta facultad no podrá ejercitarse, en ningún caso, transcurridos dos años desde la declaración del concurso. Ejercitada esta vía, el contratante *in bonis* puede impugnar la resolución en el plazo de tres meses, alegando los motivos que entienda oportunos (art. 125 CIRE).

4.4. Efectos

Determina el 165.3 TRLC: *"El juez decidirá acerca de la resolución solicitada acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa"*. Si nos ceñimos estrictamente al sentido literal del precepto, resulta el cobro con cargo a la masa sólo para la indemnización. Observando el tiempo verbal que utiliza la norma, se aprecia que está en tercera persona del singular, lo que determina como sujeto exclusivo a la indemnización (*"las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa"*). Ahora bien, la falta de precisión obedece a un fallo que el legislador no ha corregido en el TRLC y que ya manifestaba la ley anterior. En tal sentido, clarifica el art. 242 9º TRLC, que son créditos contra la masa las *"obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución en interés del concurso o por incumplimiento posterior a la declaración de concurso por parte del concursado"*⁵⁷. Por tanto, en el crédito contra la masa no sólo se incluye el resarcimiento.

En torno al deber de restitución, la doctrina distingue entre contratos de tracto único y sucesivo. En los primeros, el deber de restitución procede exclusivamente cuando uno de los contratantes haya cumplido parcialmente su obligación, de modo que la resolución arrojará efectos *ex tunc*⁵⁸.

⁵⁷ Sobre el particular, vid. M.T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "Comentario al artículo 156-165, cit.", p. 916-917; y E. BELTRÁN, "Comentario al art. 84 LC", en Á. ROJO Y E. BELTRÁN (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, tomo I, Madrid, Civitas, 2004, pp. 1519.

⁵⁸ M.T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "Comentario al artículo 156-165, cit.", p. 917; y M. ANTÓN SANCHO, "Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores", cit., p. 315.

En los contratos de tracto sucesivo, en cambio, la naturaleza de la reciprocidad genera que la resolución despliegue efectos *ex nunc*⁵⁹. Las obligaciones ya cumplidas por ambas partes son firmes y no restituibles. Sólo lo son las prestaciones realizadas por una parte y no ejecutadas por la otra. Cuando se trate de cosas ciertas y determinadas, la devolución ha de proceder *in natura* (ej.: materias primas o género directamente para reventa), mientras que si no es posible deberá entregarse el equivalente económico (procederá en todo caso cuando el objeto de la restitución sea una cantidad de dinero). Sobre las prestaciones no ejecutadas por ninguna de las partes, quedarán extintas por efecto de la resolución.

Sobre el eventual derecho a una indemnización, para su procedencia dependerá de la prueba de los daños y perjuicios ocasionados a la parte perjudicada⁶⁰. Resulta cuestionable si los contratantes pueden pactar la exclusión del resarcimiento⁶¹. A nuestro entender, dependerá de si la resolución ha devenido por acuerdo o por sentencia en procedimiento contencioso. En el primer caso, podrá ser excluida si así resulta del proceso de negociación con el concursado o la Administración concursal (fase de resolución en interés del concurso), pero no por pacto contractual anterior. En caso de controversia (que es el supuesto más frecuente), la indemnización no puede excluirse si se producen daños y perjuicios para el *in bonis*, pues éste no estará dispuesto a renunciar a ella.

Sobre los efectos de la resolución en interés de la masa. El art. 126 CIRE portugués establece consecuencias retroactivas, dejando la situación que existiría si el acto no se hubiera practicado u omitido, según sea el caso. Al tercero que no presente los bienes o valores que deban ser devueltos a la masa dentro del plazo establecido en la sentencia, quedará sujeto al régimen sancionador previsto en la ley. En torno al concursado, sólo podrá practicar la restitución *in natura* del bien si es posible identificarlo y separarlo de los pertenecientes al resto de la masa; en caso contrario, la devolución se efectuará respecto del valor que tuviera y constituirá un crédito concursal para el tercero.

5. La resolución del contrato por incumplimiento

El principio de vigencia de los contratos no priva a los contratantes de ejercitar la resolución cuando venga promovida por el incumplimiento de la otra parte. No obstante, su tramitación y efectos queda sometida a las reglas de los arts. 160-164 TRLC. En este sentido, la normativa concursal distingue entre contratos de tracto único y sucesivo, disponiendo la posibilidad de instar la resolución cuando el incumplimiento sea anterior o posterior.

⁵⁹ M.T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "Comentario al artículo 156-165, cit., p. 917; y A. MARTÍNEZ FLÓREZ, "Comentario a los arts. 61 a 63, cit., p. 1154.

⁶⁰ STS de 18 de marzo de 2016 (RJ/2016/853).

⁶¹ Esta es la postura de M.L. SÁNCHEZ PAREDES, ("Los contratos bilaterales pendientes en el concurso", cit., p. 446) quien defiende que, si en el contrato se excluyó el derecho del contratante *in bonis* a percibir una indemnización por daños y perjuicios causados como consecuencia de la resolución, aunque éste pruebe la concurrencia de esos daños y perjuicios, no podrá exigir la indemnización.

5.1. Resolución por incumplimiento anterior

Conforme al art. 160 TRLC: *"Declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato por incumplimiento anterior a la declaración de concurso solo podrá ejercitarse si el contrato fuera de tracto sucesivo"*. La posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento producido antes de la declaración de concurso sólo es posible si el negocio es de tracto sucesivo. La contravención de las obligaciones en momento anterior al concurso limita la facultad resolutoria en mayor medida que si el incumplimiento es posterior a él. Esta fórmula se asienta sobre la base del principio de conservación del contrato, de modo que las infracciones posteriores son consideradas con mayor atención, pues se producen en el seno del procedimiento, y el juez las examina y valora a efectos de determinar la suerte del contrato. En cambio, el incumplimiento anterior sólo adquiere cabida en contratos de tracto sucesivo porque se caracterizan por la existencia de prestaciones periódicas y autónomas. De esta manera, las infracciones anteriores pueden servir de base, o examinarse junto con otras que hayan tenido lugar durante el concurso, de forma que el incumplimiento resolutorio podría tener lugar, no sólo ante infracciones puntuales pero sustanciales de las obligaciones, sino también por la reiteración de incumplimientos menos graves. Esta última circunstancia permite examinar la infracción generalizada de los compromisos asumidos por la parte incumplidora⁶².

En torno a los contratos de tracto único, el antiguo art. 62.1 LC los excluía de forma indirecta de la resolución por incumplimiento anterior. La STS de 22 de mayo de 2014⁶³ en coherencia con este precepto, denegó la resolución de un contrato de permuta inmobiliaria por incumplimiento de la concursada anterior al concurso. Edificaciones Coruñas, S.A. (Edicosa, luego Construcciones Fadesa, SA. y hoy Martinsa-Fadesa, S.A.) concertó con Verónica un contrato por el cual, esta última le transmitía una finca a cambio de tres viviendas, con trasteros y garaje, que la promotora debía construir en el polígono en el que estaba previsto incorporar la finca adquirida. La finca se entregó en ese acto y la promotora tomó posesión en ella. Posteriormente, Martinsa-Fadesa fue declarada en concurso habiendo incumplido su obligación de forma previa al mismo. La Sala determinó: *"Estamos ante un contrato de tracto único que, al tiempo de la declaración de concurso sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada. No resulta de aplicación el art. 61.2 LC, que presupone la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Por consiguiente, tampoco puede pretenderse la resolución por incumplimiento al amparo del art. 62.1 LC, porque sólo lo admite en los casos del art. 61.2 LC, esto es, sólo cuando el contrato estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso. Todo ello, sin perjuicio de la distinción que el art. 62.1 LC hace entre contratos de tracto sucesivo y único, para permitir en el primer caso la resolución tanto si el incumplimiento es anterior*

⁶² M.J. VAQUERO PINTO, "La terminación de los contratos de distribución", cit., p. 324.

⁶³ STS de 22 de mayo de 2014 (RJ 2014/3333). Vid., sobre el particular: J.R. GARCÍA VICENTE, "Concurso y contratos, cit., pp. 782-783.

como posterior a la declaración de concurso , y restringir la resolución en el segundo caso al incumplimiento posterior a la declaración de concurso”⁶⁴.

No obstante, existen un sector jurisprudencial minoritario que han permitido, en puntuales ocasiones, la resolución de contrato de tracto único por incumplimiento anterior al concurso. Fue el caso de la STS de 19 de julio de 2016⁶⁵, que abordó una compraventa de una parcela situada en Perbes-San Xoan de Vilanova del término municipal de Miño, celebrada entre Martinsa-Fadesa S.A. y Carpol Inversiones, S.L. La concursada incumplió íntegramente su obligación de entrega con anterioridad a su declaración de concurso y aceptó la resolución instada por la parte *in bonis*, que fue confirmada por el juez de primera instancia y también por la Audiencia Provincial. El Alto Tribunal indicó al respecto que la resolución ya era firme y, por tanto, no entró en la cuestión: *"Escapa al ámbito de este recurso de casación juzgar si el contrato de compraventa fue correctamente resuelto o no. Lo que no cabe duda es que el incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso. (...). Como hemos advertido, ahora, en casación, la procedencia de la resolución del contrato resulta incontrovertida. Tan sólo se cuestionan los efectos de esta resolución. Debemos partir de que se solicitó, y el juzgado acordó, como consecuencia del allanamiento de la concursada, la resolución del contrato por incumplimiento de la concursada de su obligación de entrega de la vivienda. Acordada la resolución de un contrato por incumplimiento de la concursada, los efectos deberían ser los previstos en la norma específica"*.

Otras resoluciones han sido más radicales en sus pronunciamientos, como, por ejemplo, la SAP de Valencia de 16 de enero de 2012⁶⁶, que consideró de forma general la imposibilidad de privar a los compradores de la resolución por incumplimiento del vendedor antes de la declaración del concurso, atendiendo a las siguientes razones: *"1.-) la privación de la facultad de resolver un contrato sinalagmático de tracto único por el incumplimiento por una de las partes de su obligación esencial antes de la declaración del concurso exige una declaración terminante y expresa que derogue esta facultad reconocida con carácter general en el artículo 1.124 del Código civil y no consta esa prohibición categórica en el tenor literal del artículo 62.1 LC . 2.-) no puede obligarse a los compradores que han cumplido su obligación de pago del precio a mantener el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la vivienda cuando es imposible que la concursada pueda cumplir con su obligación al mantenerse de forma irreversible la situación de falta de inicio de las obras. 3.-) tampoco puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (párrafo segundo del artículo 61.2 LC) porque sólo detentan la legitimación activa, o bien la administración concursal en caso de suspensión, o bien el concursado en caso de intervención, sin que pueda promover esta especial modalidad de resolución contractual la parte in bonis y, porque, en nuestro caso, la resolución está justificada*

⁶⁴ En la misma línea: SSTS de 24 de julio de 2013 (RJ 2013/5204); y de 25 de julio de 2013 (RJ 2013/5534).

⁶⁵ STS de 19 de julio de 2016 (RJ 2016/3422).

⁶⁶ SAP de Valencia de 16 de enero de 2012 (AC 2012/1664).

por el incumplimiento contractual". Por tanto, también ha de ser desestimado tal motivo de oposición a la solicitud de resolución contractual respecto de la vivienda nº NUM000".

Esta postura, si bien minoritaria, ha generado una mejora en la adaptación del art. 62.1 LC al nuevo TRLC, pues su art. 160 indica con absoluta claridad que el contrato de tracto único no puede resolverse por incumplimiento anterior a la declaración de concurso. La nueva redacción no pretende otro objetivo que el confirmar la interpretación dominante⁶⁷.

5.2. Resolución por incumplimiento posterior

Considerando lo expuesto en el apartado anterior, procede examinar el régimen del incumplimiento posterior a la declaración del concurso. El art. 161 TRLC establece: "*Declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento podrá ejercitarse por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes*". Declarado el procedimiento concursal, se mantiene la acción de resolución por incumplimiento, pero si este es posterior al concurso, podrá ejercitarla la parte perjudicada en un contrato con obligaciones recíprocas, con independencia de que éste sea de tracto único⁶⁸ o sucesivo, siempre que concurren los requisitos del art. 1124 CC. Afirma Otero Cobos que lo importante es que subsista la reciprocidad de las obligaciones contractuales una vez declarado el concurso⁶⁹.

5.3. Aspectos comunes a ambas modalidades

a) Procedimiento y efectos

La resolución por incumplimiento debe ejercitarse ante el juez del concurso y debe dirimirse por los cauces del incidente concursal (art. 162 TRLC). En torno a los efectos anudados a la misma, serán diversos en función del estado de cumplimiento de la obligación. Las prestaciones no vencidas quedarán extinguidas por la resolución. Sobre las vencidas, si estuvieran cumplidas por ambas partes, no quedan afectadas por la extinción en los contratos de tracto sucesivo (*ex nunc*). Mayor interés presenta las vencidas y cumplidas sólo por una, porque en atención al tiempo de su exigibilidad, el crédito merece una calificación u otra. Siendo el incumplimiento del concursado anterior a la declaración, el crédito originado se integra en la masa pasiva de concurso⁷⁰; en cambio, será pagadero contra la masa si fuera

⁶⁷ M.T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "Comentario al artículo 156-165, cit., p. 894.

⁶⁸ En este sentido, vid., STS de 12 de mayo de 2017 (RJ 2017/2294) relativo al incumplimiento de un contrato de compraventa posterior al concurso de acreedores.

⁶⁹ M.T. OTERO COBOS, "Artículos 156-165", cit., p. 1053.

⁷⁰ Sobre esta particular, consúltese la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid de 22 de septiembre de 2020 (JUR 2021/80611), relativa a un contrato de arrendamiento. El juez determinó que "*las rentas desde el mes de mayo de 2016 hasta la de fecha de sentencia, teniendo en cuenta que el incumplimiento se produjo antes*

posterior⁷¹. En último término, la eventual indemnización por los daños y perjuicios causados, será concursal o contra la masa en función del momento en que se haya producido el incumplimiento (por el concursado), antes o después de la declaración de concurso. Siendo el *in bonis* incumplidor, la indemnización se sumará a la masa activa.

b) *Excursus*: el mantenimiento judicial del contrato

Indica el art. 164 TRLC: "*Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado*". Este precepto ha sido incorporado al TRLC de forma idéntica al art. 62.3 LC. Esta medida constituye una importante excepción a la facultad resolutoria, que no impide su ejercicio, pero sí permite su denegación a *posteriori*. Ello deja constancia de la prevalencia del interés del concurso y de cómo su incidencia configura la subsistencia del vínculo, incluso en aquellos supuestos en que una de las partes comete una infracción digna de ser reprimida con la máxima sanción: la resolución⁷². Por tanto, el juez dispone de la facultad para ordenar la continuación del contrato en estos casos si lo considera sustancial para alcanzar buenos resultados en el procedimiento concursal.

En torno a los efectos derivados del mantenimiento, resultan "*a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el Concursado*". En principio, todas las prestaciones debidas se van a abonar con cargo a la masa, tanto las anteriores como las posteriores a la declaración. Así lo ha entendido un sector mayoritario de la jurisprudencia⁷³. Las razones del legislador parecen claras: compensar al contratante *in bonis* cuando ejercita debidamente la resolución por incumplimiento en el concurso y queda sometido a continuar cumpliendo sus obligaciones. Así lo entendió la reciente STS de 15 de diciembre de 2020⁷⁴, relativa a un

de la declaración del concurso, deben ser reconocidas en el concurso, como crédito concursal, con la clasificación que corresponda". También: sentencia del Juzgado de lo Mercantil de 5 de febrero de 2020 (JUR 2020/134658).

⁷¹ Sentencias del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Vitoria de 7 de julio de 2020 (JUR 2021/64214) y de 24 de febrero de 2020 (JUR 2021/42796).

⁷² Sobre ello, consúltese las SSTS de 18 de diciembre de 2012 (RJ/2013/920) y de 16 de julio de 2014 (RJ/2014/4586).

⁷³ La STS de 21 de marzo de 2012 (RJ/2012/5571) consideró: "*La interpretación literal de la norma, primero de los criterios aplicables a tenor del art. 3.1 del Código Civil, apunta claramente a que, en el caso previsto, todas las prestaciones debidas por el concursado sean a cargo de la masa, lo que confirma un análisis sistemático de la misma, en relación con el apartado 4 para los supuestos en los que se acuerda la resolución -en cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa - a lo que hay que añadir que, en otro caso, la previsión devendría absolutamente superflua teniendo en cuenta que el art. 84.2 LC establece que "tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: 5. Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso (...). 6. Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso (...)*". En el mismo sentido parece pronunciarse la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Burgos de 10 de diciembre de 2020 (JUR 2021/112702); STS de 26 de febrero de 2013 (RJ/2013/2412): "*la continuación del contrato conllevará, para la parte in bonis, que se le abonen con cargo a la masa todas prestaciones debidas y las que se devenguen, en el caso de contratos de tracto sucesivo, en el futuro como consecuencia de la continuación del contrato (art. 62.3 LC)*". En la doctrina, también defienden esta posición J. MIARATA COROMINAS, "El privilegio específico del art. 62.3 de la Ley concursal", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 9, 2008, pp. 230 y ss. y J. M., FERNÁNDEZ SEIDO, *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 406.

⁷⁴ STS de 15 de diciembre de 2020 (RJ 2020/5036).

contrato de suministro de energía eléctrica formalizado entre Clínica Extremeña de Salud S.L. y a Endesa Energía S.A.U. La primera, concursada, dejó de pagar las cantidades adeudadas a la suministradora antes y después del concurso. El Alto Tribunal determinó: *"un crédito potencialmente concursal, a raíz del mantenimiento del contrato, cristaliza en crédito contra la masa, pero ello no obedece a una decisión unilateral del suministrador, sino a la decisión que le impone un sacrificio actual y le expropia la facultad de resolver al obligarle a continuar suministrando a quien incumplió resolutoriamente sin que, por otra parte, como la realidad demuestra de forma notoria, el hecho de que el crédito sea contra la masa garantiza en modo alguno el cobro"*.

Consideramos que la medida del art. 164 TRLC tendría cierto sentido si el precepto aludiera exclusivamente al incumplimiento de la parte concursada, pero la norma (al igual que lo hacía el art. 62.3 LC) no discrimina entre incumplimiento del *in bonis* y del concursado. Sobre esta línea, no parece razonable privilegiar el acreedor *in bonis* transformando todos sus créditos (concursoales -anteriores- y contra la masa -posteriores-) en prededucibles (contra la masa) por el hecho de haber incumplido un contrato que se ha ordenado mantener pese a que el concursado instó justificadamente la acción resolutoria⁷⁵. A nuestro modo de ver, hubiera sido recomendable que el legislador refundidor hubiera aprovechado la ocasión para reconsiderar esta postura.

Bibliografía

ANTÓN SANCHO, M., "Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores", *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 32, 2014, pp. 285-325

ÁVILA DE LA TORRE, A., "Efectos del concurso sobre los contratos de distribución", en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 547-552

BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, Madrid, Civitas, 2002

BONARDELL LENZANO, R., *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006

CARBAJO CASCÓN, F., "Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 5 de septiembre de 2013 (ROJ STS 4918/2013): sobre la calificación de las cuotas impagadas de

⁷⁵ En este sentido se pronuncia la SAP de Murcia de 29 de octubre de 2007 (AC/2008/261). Muy acertadamente, J. R. GARCÍA VICENTE, ("El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso", *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 13, 2008, p. 355) sostiene esta idea y entiende que la redacción del precepto obedece a un importante defecto técnico notable ocasionado por la falta de expresión indubitada de la regla de la subsanación o la contraria. De la misma opinión: GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B., "Cumplimiento del contrato en interés del concurso y créditos contra la masa", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 92, 2013, pp. 24 y ss.

contrato de leasing tras la declaración de concurso (o los misterios de la interpretación)", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, pp. 337-340

CARBAJO CASCÓN, F., *Sistemas de distribución selectiva. Aspectos concurrenciales, contractuales y marcarios*, Madrid, La Ley, 2013, pp. 251-252

CARLÓN, M., "Comentario al art. 67 LC", en ROJO, A. Y BELTRÁN, E. (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, tomo I, Madrid, Civitas, 2004, pp. 1239-1254

CERDÁ ALBERO, F., "El contrato de leasing en el concurso de acreedores", en TOBÍO RIVAS, A. M. (Coord.), *Estudios de derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Jose Antonio Gómez Segade*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 1191-1218

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Granada, Comares, 2000

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., "Tratamiento concursal de los contratos de distribución", en ALCALÁ DÍAZ, M.Á., *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*, Barcelona, Bosch, 2015, pp. 347-374

ESPIAU, S., "La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial", *Aranzadi Civil*, 1998, pp. 113 a 130.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos*, Barcelona, Bosch, 2013

GALICIA AIZPURUA, G., "Naturaleza de las cuotas de leasing devengadas tras la declaración de concurso", *Aranzadi civil-mercantil*, nº 1, 2016, pp. 135-144

GALLEGO SÁNCHEZ, A.M., "Artículo 114", en PEINADO GARCÍA, J.I. (Dir.); y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Dir.), *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Tomo I, Madrid, Sepin, 2020, pp. 757-764

GARCÍA VICENTE, J. R., "Comentario a los arts. 61 a 63", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I, Madrid, Tecnos, pp. 669-717

GARCÍA VICENTE, J. R., "El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso", *Anuario de Derecho Concursal*, nº 13, 2008, pp. 349-362

GARCÍA VICENTE, J.R., "Concurso y contratos", en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (Dir.), *Jurisprudencia y concurso*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 765-807

GARRIDO, J. M., "Comentario al art. 90 LC", en ROJO, A. Y BELTRÁN, E. (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, tomo I, Madrid, Civitas, 2004, p. 1606-1634

GÓMEZ MENDOZA, M., "Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales", en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 2787-2828

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B., "Cumplimiento del contrato en interés del concurso y créditos contra la masa", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 92, 2013, pp. 13-27

- GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., "Declaración de concurso y contratos: resolución en interés del concurso y resolución por incumplimiento", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, 2017, pp. 109-128
- HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO, F., "Comentario a los arts. 61 a 63", en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. (Coord.), *Comentario a la nueva Ley Concursal*, Madrid, Irgium, 2004
- JUAN Y MATEU, F., "Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada", *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 13, 2008, pp. 115-151
- KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, Civitas, 1997
- LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Madrid, Civitas, 1998
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., "Comentario a los arts. 61 a 63", en Á. ROJO y E. BELTRÁN (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo I, Madrid, Civitas, 2004, pp. 1109-1188
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., "La declaración judicial de quiebra como causa de denuncia del contrato de agencia", en *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. II, 1998
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M^a T., "Comentario al artículo 156-165, en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*, Madrid, La Ley, 2020, pp. 856-919
- MARTÍNEZ ROSADO, J., "Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivenza*, Tomo III, Madrid, Marcial Pons, 2004
- MIARATA COROMINAS, J., "El privilegio específico del art. 62.3 de la Ley concursal", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 9, 2008, pp. 225-240
- MONEREO PÉREZ, J. L., *La conservación de la empresa en la ley concursal. Aspectos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2006
- MONTERRAT, A., "Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales". *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 14, 2008, pp. 71-120
- OTERO COBOS, M.T., "Artículos 156-165", en PEINADO GARCÍA, J.I. (Dir.); y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Dir.), *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Tomo I, Madrid, Sepin, 2020, pp. 1013-1081
- RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, Montecorvo, 1991
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., "El Texto Refundido de la Ley concursal", *Anuario de Derecho concursal*, n.º 51, 2020, pp. 9-26
- SÁNCHEZ CALERO, F., "Comentario al art. 37 LCS", en SÁNCHEZ CALERO (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro: comentarios a la Ley 50-1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, p. 784-792

SÁNCHEZ PAREDES, M. L., "Los contratos bilaterales pendientes en el concurso". *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 18, 2009, p. 423-473

TÁLENS SEGUÍ, J., "Artículos 105-112", en PEINADO GARCÍA, J.I. (Dir.); y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Dir.), *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Tomo I, Madrid, Sepin, 2020, p. 733-750

TIRADO MARTÍ, I., "Reflexiones sobre el concepto de interés concursal", *Anuario de Derecho Civil*, 2009, p. 1055-1107

VAQUERO PINTO, M. J., "El desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida", en LLAMAS POMBO, E. (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo II, Madrid, La Ley, 2006, p. 897-914

VAQUERO PINTO, M. J., "La terminación en los contratos de distribución", HERRERO GARCÍA, M. J. (Dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Pamplona, Aranzadi, 2010, p. 313-350

(texto submetido a 17.04.2021 e aceite para publicação a 27.04.2021)