

# CONTRATOS Y CONCURSO

María Luisa Sánchez Paredes

**SUMARIO: I. LOS CONTRATOS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.- II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS. 1. Efectos del concurso sobre el contrato: el principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas. 1.1. *El alcance del principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas.* 2. Efectos del concurso sobre los créditos derivados del contrato: los créditos contra la masa derivados de las obligaciones a cargo del concursado. 2.1. *Los créditos contra la masa derivados de los supuestos de continuación del contrato.* 2.2. *Los créditos contra la masa derivados de las obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.* 2.3. *La posibilidad de subordinación del crédito.* 3. Efectos del concurso sobre las facultades de los contratantes: la excepción de contrato incumplido y la resolución por incumplimiento. 3.1. *La posición del contratante in bonis que ha cumplido totalmente la prestación a su cargo.* 3.2. *La posición del contratante in bonis que no ha cumplido***

## I. LOS CONTRATOS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

En el concurso de cualquier deudor, persona natural o jurídica, pueden encontrarse pendientes o en curso de ejecución multitud de contratos de diferente naturaleza (de cambio, distribución, financiación,...), que tendrán distinta trascendencia en la situación de insolvencia, y cuya extinción o mantenimiento será en muchos casos determinante en la solución de la crisis. Habrá contratos fundamentales para la continuación del ejercicio de la actividad empresarial que deberán subsistir tanto en caso de convenio como de liquidación, especialmente si la liquidación de la empresa se realiza mediante la enajenación como un todo de sus unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa. Pero también existirán contratos concluidos por el deudor concursado con anterioridad a la apertura del procedimiento que deberán resolverse porque carecen de valor para el concurso o no sirven para atender sus fines.

En este ámbito material, la problemática se origina en el conflicto entre la tutela que proporciona el derecho concursal, dirigido a la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente, y los medios de tutela que el derecho común, civil y mercantil, reconoce a favor del acreedor en los contratos con obligaciones recíprocas.

El concurso puede encontrar pendientes de cumplimiento contratos que se han resuelto en situaciones de crédito o deuda a favor o a cargo del concursado. Si se ha generado una obligación a cargo del concursado, encontraremos un crédito sujeto a los efectos propios del concurso, que entrará a formar parte de la masa pasiva o masa de acreedores. Esta situación se produce en un contrato de compraventa en el que el vendedor entregó el bien

antes de la apertura del procedimiento concursal y el comprador concursado es deudor del precio. El bien integra la masa activa del procedimiento y el precio origina un crédito a favor del vendedor que deberá ser comunicado, reconocido y clasificado dentro de la masa pasiva, para participar de la solución convenida o de la liquidación. También puede encontrarse en esta misma situación un préstamo que, configurándose como contrato real, solo genera obligaciones de restitución a cargo del prestatario concursado, las cuales constituirán créditos concursales, ya que se originan con anterioridad a la declaración de concurso.

Cuando, en cambio, exista un crédito a favor del concursado entrará a formar parte de la masa activa y podrá ser reclamado por el concurso. El ejemplo paradigmático es el del contrato de compraventa en el que el vendedor concursado hubiera entregado el bien antes de la apertura del procedimiento concursal y el comprador *in bonis* fuera deudor del precio. En tal caso, los mecanismos de defensa del crédito que reconoce el derecho común, en concreto la acción exigiendo el cumplimiento o la resolución por incumplimiento (art. 1124 CC), podrán ejercerse por el concurso.

Sin embargo, puede ocurrir que del contrato no derive una obligación a favor o a cargo del concursado sino que se generen obligaciones recíprocas para el concursado y la contraparte *in bonis*, originándose al mismo tiempo en el concurso un derecho a la prestación y una obligación por la contraprestación, de modo que, el incremento de la masa activa llevaría parejo un incremento de la masa pasiva. En esta situación, una aplicación estricta de las reglas concursales frustraría el equilibrio de las prestaciones propio de la reciprocidad, ya que a cambio de su cumplimiento íntegro, el contratante *in bonis* solo podría obtener un cumplimiento en moneda concursal. En tanto que en la masa activa ingresaría la prestación pactada, en la masa pasiva figuraría un crédito por la contraprestación que debería someterse a los principios y reglas concursales. Frente a ello, si en aras de ese equilibrio contractual se admite la eficacia en el procedimiento de los mecanismos de defensa previstos para los contratos con prestaciones recíprocas, el concurso solo podría contar con la prestación a favor del concursado si ofrece a su vez el cumplimiento íntegro de la prestación a su cargo.

Ante la declaración de concurso de la contraparte, el contratante *in bonis* en un contrato bilateral pendiente de cumplimiento podría cumplir su prestación y comunicar en el procedimiento su crédito por la contraprestación, participando de la solución convenida o liquidatoria, pero no estaría obligado a hacerlo, de modo que, ante la exigencia de cumplimiento por los órganos concursales, podría oponer la excepción de cumplimiento defectuoso o de incumplimiento contractual (arts. 1466 y 1467 CC), o bien exigir el cumplimiento o la resolución por incumplimiento (art. 1124 CC) con indemnización de daños en ambos casos. Tales mecanismos de tutela lo situarían al margen del concurso, ya que le garantizarían el cumplimiento o lo liberarían de su propia obligación, y plantean el problema de la calificación concursal del crédito por la indemnización (v., GARCÍA VILLAVERDE, R., “Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución”,

*Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, 1996, pgs. 301 y ss.).

En definitiva, la sujeción del contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al concurso acabaría con el equilibrio contractual propio de este tipo de contratos y sometería al contratante *in bonis* a una situación injusta, ya que se vería obligado a cumplir íntegramente cuando la otra parte no puede hacerlo mas que en los límites del convenio o de la liquidación. Pero, al mismo tiempo, la aplicación de los remedios previstos para tales contratos en defensa del interés del contratante cumplidor, lo colocarían en una situación de ventaja frente al resto de acreedores del concursado en la que podría pedir la resolución en contra incluso de los intereses del concurso. De ahí que la actuación legislativa en este ámbito se haya dirigido a conciliar los intereses del contratante *in bonis* con las exigencias del concurso, en un intento por alcanzar una regulación general aplicable a todos los contratos con obligaciones recíprocas.

Esa regulación general convive con las soluciones particulares aplicables a determinados contratos, que se dirigen a atender intereses específicos en función de las características propias del tipo contractual. Así acontece con aquellos contratos basados en la confianza en los que el deudor se compromete a un hacer personalísimo, de modo que, el hecho de que sea el propio deudor el que preste la actividad constituye un elemento esencial en el programa de prestación. Este esquema contractual resulta difícil de conciliar con la indisponibilidad patrimonial que la apertura de un procedimiento concursal genera para el deudor, y el contrato, incompatible con los efectos y consecuencias del procedimiento, no puede continuar su ejecución y debe extinguirse. Si bien, como la consideración de la naturaleza fungible o infungible de la obligación habrá de determinarse en cada caso en atención al negocio concreto y las circunstancias que lo han rodeado, frente a las soluciones de carácter absoluto, como aquellas que prevén la resolución automática del contrato ante la declaración de concurso de cualquiera de las partes (v. gr. contrato de mandato), se han producido soluciones mas objetivas que atribuyen a cada uno de los contratantes la facultad de denunciar anticipadamente el contrato, sin necesidad de preaviso, en caso de concurso de la otra parte, y que no están exentas tampoco de la consideración especial de los intereses de la contraparte no concursada (v. gr. contrato de agencia). En otros supuestos, la regulación particular se dirige a la tutela específica de determinados sujetos, ante las exigencias que derivan de la atención a los intereses generales o para la protección de intereses particulares (v. gr. contrato de trabajo, contrato de seguro, contrato de edición). Junto a ello, la norma general constituiría una norma de cierre aplicable a los supuestos carentes de regulación y dirigida a armonizar las expectativas derivadas de la contratación y las consecuencias generadas por la apertura del concurso.

El concurso constituye una vicisitud que altera el esquema contractual inicialmente previsto por las partes. Puede prolongar la obligación mas allá del término final establecido para su extinción, dejando sin efecto aquellas cláusulas que contemplen la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes; o bien, puede acarrear la

extinción del contrato no obstante el término de duración establecido. Con el concurso, las relaciones obligatorias no solo sufren modificaciones en su contenido y circunstancias (v. gr., suspensión del curso de los intereses, interrupción de la prescripción, vencimiento anticipado, quitas, esperas) sino también en su función, ya que se modifica el esquema de organización de intereses previsto originariamente por los contratantes, alterándose la función económico jurídica que las relaciones obligatorias generan en esa organización. Si bien, estas alteraciones no pueden tener un carácter homogéneo, ya que dependerán de diferentes factores tanto concursales como contractuales. Así, no se plantea la misma suerte para los contratos ante un escenario de continuación de la actividad que ante una situación de cese, ni se producen idénticas consecuencias ante meros contratos de cambio que ante contratos que conllevan financiación, ni ante contratos pendientes de cumplimiento total o parcial por ambas partes contratantes que ante contratos cumplidos totalmente por una de las partes.

En este sentido, y desde una perspectiva funcional, habrá de tenerse en cuenta que el Derecho concursal regula un procedimiento que se dirige a sustituir los mecanismos de tutela individual y aislada de los derechos de crédito por un sistema de tutela colectiva de los acreedores en caso de insolvencia del deudor. Los contratos deberán considerarse en sí mismos, en cuanto elementos del activo patrimonial, sujetos a la satisfacción de los acreedores, y valorarse desde el punto de vista de su utilidad para la consecución de los fines concursales, de modo que deberán mantenerse aquellos contratos que puedan aportar valor y sean necesarios para el convenio o faciliten la liquidación, en cambio habrán de resolverse los que carecen de valor, suponen un obstáculo para el convenio o dificultan la liquidación (v., el Proyecto de Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia de 2006, publicado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)).

Si la situación de los contratos pudo ser decisiva para la generación de la crisis, la apertura del procedimiento concursal no puede dejar de incidir sobre los mismos. En este nuevo contexto, y al margen de las soluciones particulares y específicas, los órganos concursales, en cuanto representantes de los distintos intereses que confluyen en el concurso, habrán de plantearse la trascendencia que cada contrato tiene para dar solución a la insolvencia y atender los fines del procedimiento.

## **II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS**

La Ley Concursal dedica a los efectos del concurso sobre los contratos el Capítulo III de su Título III, artículos 61 a 70. En estas disposiciones se pueden distinguir tres ámbitos materiales: el que comprende las normas generales aplicables a los contratos con obligaciones recíprocas –arts. 61 a 63–, el que se ocupa de los efectos del concurso sobre dos tipos contractuales de especial relevancia, los contratos de trabajo (v. las voces “contratos de trabajo” y “contrato de alta dirección”) y los contratos con las administraciones públicas

(v. la voz “contratos con administraciones públicas”) –arts. 64 a 67-, y, por último, aquel conjunto de normas que establecen previsiones específicas para supuestos concretos de rehabilitación de contratos de préstamo y crédito y de adquisición de bienes con precio aplazado, y para los casos de enervación del desahucio en los contratos de arrendamientos urbanos –arts. 68 a 70- (v. la voz “rehabilitación de contratos”).

Pero no se agotan aquí las normas reguladoras de los efectos del concurso sobre los contratos, ya que la Ley reconoce vigencia dentro del procedimiento a aquellas disposiciones que prevean *la facultad de denuncia unilateral del contrato* y a aquellas normas que *dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes* –art. 63-. Esto conlleva la aplicación dentro del concurso de preceptos procedentes de otros cuerpos legales y que permiten al comitente, por ejemplo, revocar la comisión conferida al comisionista en cualquier estado del negocio –art. 279 CCom.-, o que establecen la extinción automática del mandato por el concurso del mandante o del mandatario –art. 1732 CC.-, o prevén que cada una de las partes del contrato de agencia pueda dar por finalizado dicho contrato en cualquier momento y sin necesidad de preaviso, cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso –art. 26.1. b) LCA-, o contemplan la posibilidad de acordar el vencimiento anticipado de las operaciones financieras realizadas al amparo de un acuerdo de compensación contractual (netting) con motivo de la declaración de concurso –disp. ad. 2ª en relación con el art. 16 del RDL 5/2005, de 11 de marzo, en redacción dada por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, modificada a su vez por la Ley 7/2011, de 11 de abril-. En consecuencia, frente a las reglas generales, el legislador mantiene la vigencia de determinadas soluciones contractuales previstas en el derecho anterior y encaminadas a la protección de concretos intereses particulares, razón por la cual se han considerado excepciones al régimen general (v., SAP Barcelona 15ª, 15.2.2008, ADCo, 16, pg. 391).

Por su parte, las disposiciones generales aplicables a los contratos con obligaciones recíprocas permiten distinguir tres grupos de normas: las que regulan los efectos del concurso sobre el contrato en sí, las que establecen los efectos sobre los créditos derivados del contrato, y las que prevén las facultades contractuales que pueden ejercer los contratantes una vez declarado el concurso. Unas tendrán naturaleza sustantiva y otras serán reglas procesales, si bien tanto unas como otras desplegarán eficacia imperativa.

## **1. Efectos del concurso sobre el contrato: el principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas**

Frente a las soluciones previstas en el derecho comparado, que generalmente atribuyen al órgano del procedimiento la facultad de opción entre el cumplimiento o la resolución del contrato -conforme al modelo de la Insolvenzordnung alemana (art. 103)-, la Ley Concursal establece la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas tras la declaración de concurso, y distingue dos supuestos de contratos pendientes de ejecución, según que el

contrato esté pendiente de cumplimiento solo por un contratante (concurtido o parte *in bonis*) o esté pendiente de cumplimiento por ambas partes. En el primer caso, tratándose de contratos celebrados por el deudor, *cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus prestaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso* (art. 61.1 LC). La solución legal es conforme con las reglas generales del concurso para aquellas situaciones de crédito o de deuda a favor o en contra del concursado. El crédito se integra en la masa activa y será exigible por el concursado intervenido o por la administración concursal en caso de suspensión. La deuda forma parte de la masa pasiva y estará sujeta a las reglas y principios concursales. En el segundo caso, cuando estamos ante contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, la Ley Concursal establece que no se verán afectados por la declaración de concurso, si bien las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa (art. 61.2-I). Esta regla se completa con la atribución a la administración concursal, en caso de suspensión, o al concursado, en caso de intervención, de la facultad de solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso (art. 61.2-II LC). Ahora bien, si el contrato no se resuelve en interés del concurso y continúa vigente, ambos contratantes, concursado y parte *in bonis*, deberán seguir cumpliendo las obligaciones derivadas del mismo, de tal modo que si alguno no cumple, la contraparte podrá solicitar la resolución por incumplimiento ante el juez del concurso y por los trámites del incidente concursal (art. 62 LC). No obstante, *aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato* (art. 62.3 LC).

De la normativa se deduce que, declarado el concurso, el contrato mantiene su vigencia si no concurre un interés concursal favorable a la resolución, y podrá ser resuelto por incumplimiento de cualquiera de los contratantes si no concurre un interés concursal que exija su mantenimiento. Ello pone de manifiesto que el interés del concurso constituye el criterio funcional de actuación legal que habrá de guiar la decisión de los órganos concursales respecto al contrato.

Esta regulación es acorde con un procedimiento que establece la necesidad de conservación de la masa activa y de continuidad de la empresa (arts. 43 y 44 LC), y que manifiesta preferencia por la solución convenida, pero que, al mismo tiempo, declara como finalidad esencial del concurso la satisfacción de los acreedores. En aras de esa finalidad solutoria, el juez del concurso goza de amplias potestades para acordar el cierre del establecimiento y el cese de la actividad empresarial (art. 44.4 LC), y es objeto de regulación la liquidación, incluso mediante la división y realización aislada de todos o alguno de los elementos patrimoniales cuando resulte más conveniente a los intereses del procedimiento.

Por otra parte, la distinción de supuestos en base al grado de ejecución del contrato exige en la práctica determinar, como cuestión previa necesaria

para la aplicación de las soluciones legales, cuándo el contrato con obligaciones recíprocas pendiente ha sido o no cumplido totalmente por uno de los contratantes. Esta tarea ha conducido a los jueces a la consideración de las categorías generales de la reciprocidad y del cumplimiento e incumplimiento contractual en cuanto condiciones fundamentales para la aplicación de las normas (así, en todos los incidentes promovidos en relación a los contratos concluidos entre Afinsa y sus clientes, v., entre otras, SJM 6 Madrid, 3.11.2008, ADCo, 17, pgs. 589 y 590).

### **1.1. El alcance del principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas**

Del principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas deriva que el contrato subsiste tras el concurso en las condiciones pactadas, es decir, conforme a lo establecido por las partes y de acuerdo con las normas legales aplicables al tipo contractual. En este sentido, resulta confuso hablar de “mantenimiento automático de los contratos” (v. GÓMEZ MENDOZA, M., “Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a M. Olivencia*, pg. 2807) porque el contrato no continúa automáticamente tras la declaración de concurso con el concursado intervenido o la administración concursal. De ser así, el contratante *in bonis* no podría hacer uso de la excepción de contrato incumplido, ya que este mecanismo origina una situación de “suspensión de la ejecución” a cargo de la contraparte no concursada incompatible con la continuación automática del contrato. En cambio, la vigencia conlleva la aplicación de las consecuencias previstas conforme al contrato y a la ley, de modo que si se le exige el cumplimiento, el contratante *in bonis* podrá hacer uso de la excepción de incumplimiento, del mismo modo que si el concursado intervenido o la administración concursal en caso de suspensión no cumplen, podría solicitar la resolución por incumplimiento (art. 62 LC). El principio de vigencia solo puede entenderse en el sentido de que el concurso no es causa de resolución automática del contrato, y no en el sentido de que es causa de continuación automática, ya que el concursado intervenido o la administración concursal no están obligados a asumirlo y pueden resolverlo en interés del concurso y, por tanto, aun cuando no concurra incumplimiento. En consecuencia, el único efecto que el concurso produce sobre el contrato en sí, es que no produce efecto alguno, y ello sin perjuicio de los efectos que se generan sobre los créditos o sobre las facultades de los contratantes.

No obstante, el hecho de que el concurso no tenga efecto alguno sobre el contrato, no significa que carezca de influencia sobre el mismo. Así, si el contrato precisa la continuación de la actividad empresarial del concursado y el juez acuerda el cese o la suspensión habrá que acudir a la resolución en interés del concurso o por incumplimiento. Al mismo tiempo, la vigencia del contrato no significa que subsistan todas sus cláusulas, incluso aquellas incompatibles con el procedimiento. Aunque la Ley Concursal no establece ninguna norma que prevea la ineficacia de aquellas previsiones contractuales incompatibles con los principios y normas del concurso, ello puede deducirse de forma implícita de la Ley, si bien habrá de determinarse caso por caso

cuándo una disposición contractual no es compatible con el procedimiento concursal. En este sentido, es preciso considerar que estamos ante un procedimiento especial en el que el legislador establece una serie de reglas funcionales de obligado cumplimiento. Esas reglas funcionales supeditan los intereses particulares y privados de los acreedores aislados a la consecución del interés general, representado por el interés del concurso, el cual debe dirigirse a la satisfacción de los acreedores. Así, con el fin de garantizar la eficacia del principio de vigencia del contrato, el legislador considera ineficaces todas aquellas cláusulas contractuales *que establezcan la facultad de resolución o extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes* (art. 61.3).

Atendiendo a estas mismas razones de efectividad de los principios y reglas concursales, no serían válidas las cláusulas de sumisión expresa a un determinado fuero judicial cuando la norma atribuya la competencia al juez del concurso y exija que la cuestión se sustancie por la vía del incidente concursal, como ocurre con la acción resolutoria por incumplimiento (art. 62.2 LC). En este sentido, los artículos 61 a 63 de la Ley Concursal constituyen normas imperativas de aplicación inmediata desde que se dicta el auto de declaración de concurso, que no pueden alterarse en detrimento de los intereses del procedimiento. Como se ha puesto de manifiesto, (GARCÍA VICENTE, J. R., “art. 61”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, coord. Bercovitz, vol I, pg. 684), *típicamente la naturaleza disponible de una norma se funda en que quien la altera o deroga es el titular exclusivo del interés protegido por ella*, y esto no sucede con las normas concursales. Además, estas normas especiales de competencia y procedimiento en el ámbito de la resolución de los contratos (v., SAP Pontevedra, 29.7.2010, ADCo, 23, pgs. 371 y 372) parecen acordes con las reglas concursales, ya que el ejercicio de la resolución en interés del concurso o por incumplimiento conlleva la disposición de elementos del activo patrimonial, para lo cual la ley exige autorización del juez del concurso (art. 43.2 LC).

## **2. Efectos del concurso sobre los créditos derivados del contrato: los créditos contra la masa derivados de la obligaciones a cargo del concursado**

Cuando al momento de la declaración de concurso, el contrato había sido ejecutado enteramente por la parte *in bonis* y solo estaba pendiente de cumplimiento por el concursado, el contratante cumplidor tendrá un crédito concursal que deberá comunicar en el concurso (art. 85 LC), para su reconocimiento (arts. 86 y 87 LC) y clasificación (arts. 89 y ss LC) y que sufrirá las consecuencias del procedimiento: no será susceptible de compensación, salvo que los requisitos de compensabilidad concurrieran antes de la declaración de concurso (art. 58 LC); si el crédito devengara intereses, legales o convencionales, se suspenderá su curso (art. 59 LC); si llevara parejo un derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa, también quedará en suspenso (art. 59 bis LC); y desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor derivadas del crédito (art. 60 LC). Dicho crédito, una vez

reconocido y clasificado por la administración concursal, concurrirá con los demás acreedores del deudor anteriores a la declaración para participar de la solución convenida o del remanente de la liquidación.

Sin embargo, cuando al momento de la declaración de concurso, el contrato estaba pendiente de cumplimiento, total o parcial, por ambos contratantes, el principio de vigencia exige su continuación y que siga produciendo los efectos que le son propios con el concursado, en caso de intervención, o con la administración concursal, en caso de suspensión, de modo que ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas, si bien aquéllas a que esté obligado el concursado *se realizarán con cargo a la masa* (art. 84.2-6º LC). Se convierte así el contrato en un *contrato de masa*, que deberá ser cumplido ordinariamente durante el concurso tanto por el deudor como por la contraparte (v., BELTRÁN, E., “art. 84”, en Rojo-Beltrán, *ComLC*, pg. 1519).

Ahora bien, si conforme a la normativa son créditos contra la masa los que deriven de las prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, habrá de tenerse en cuenta que los supuestos de continuación de los contratos tras la declaración de concurso son dos: la *continuación por disposición legal*, conforme al principio general previsto en el artículo 61 de la Ley Concursal, y la *continuación por disposición judicial*, con arreglo a la posibilidad excepcional que se otorga al juez del concurso de enervar la resolución y acordar el cumplimiento del contrato, atendiendo al interés del concurso (art. 62.3 LC).

Por otro lado, la norma también considera créditos contra la masa los que deriven de las obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del contrato, es decir, tanto en los casos en que el contrato se resuelva en interés del concurso por el concursado intervenido o la administración concursal en caso de suspensión (art. Art. 61.2-II LC), como en los supuestos en los que se ejerza la resolución del contrato por incumplimiento del concursado (art. 62.4 LC).

En cuanto créditos contra la masa, tales créditos se pagarán a sus respectivos vencimientos (art. 84.3 LC) y, por tanto, al margen del convenio o de la liquidación, y no sufrirán, en ningún caso, los efectos que la normativa establece para los créditos en particular.

### **2.1. Los créditos contra la masa derivados de los supuestos de continuación del contrato**

En los supuestos de continuación por disposición legal, se han planteado problemas en relación con los contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento, o en relación con los contratos de tracto único pero con entregas parciales o periódicas. Para los primeros, los Tribunales de lo mercantil han considerado la distinción entre prestaciones anteriores a la declaración de concurso, que darían lugar a créditos concursales, y

prestaciones posteriores a dicho momento, que generarían créditos contra la masa (v., SSJM 1 Murcia 26.4.2005, 1 Bilbao 24.2.2006, 1 Oviedo 3.2.2006 y 13.3.2006, en *Legislación y Jurisprudencia Concursales*, Rojo-Beltrán, 2008, pg. 122; también, SJM 5 Madrid, 31.3.2010, en *ADCo*, 21, pgs. 482 y 483). En relación con los segundos, según la doctrina, habría que tomar en consideración cada caso concreto y si las prestaciones fraccionadas fueron concebidas de forma unitaria o de forma autónoma e independiente. En el primer supuesto, solo habrá un cumplimiento susceptible de satisfacer el interés del acreedor si se cumplen las prestaciones conjuntamente, de modo que tanto las anteriores como las posteriores a la declaración de concurso serán créditos contra la masa. En el segundo caso, podrán diferenciarse las prestaciones inejecutadas con anterioridad a la declaración de concurso, de las pendientes de cumplimiento posterior; en relación con las primeras el acreedor *in bonis* tendrá un crédito concursal, respecto de las segundas sería acreedor de la masa (v., MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “art. 61”, en Rojo-Beltrán, *ComLC*, pgs. 1145 y 1146).

Pero esta problemática ha tenido mayor trascendencia en los supuestos de continuación del contrato por disposición judicial atendiendo al interés del concurso, ya que la norma alude expresamente a las *prestaciones debidas o que deba realizar el concursado* (art. 62.3 LC). Según una *interpretación literal y minoritaria*, cuando el juez impone a la parte no concursada el cumplimiento del contrato en interés del concurso, no obstante la concurrencia de un incumplimiento resolutorio del concursado, habrá que entender *en garantía del derecho de la contraparte in bonis*, que tanto las prestaciones debidas antes de la declaración de concurso como las que el concursado deba realizar después, serán a cargo de la masa (V., MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento”, *ADCo*, 13, pg. 94 y ss; también, SAP Barcelona 15ª, 13.9.2006, BELTRÁN-SÁNCHEZ PAREDES, *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, 2009, pgs. 575 a 577; y SJ 1º Instancia 10 Santander, 2.12.2009, *ADCo*, 20, pg. 535). Frente a ello, la *interpretación sistemática y mayoritaria*, considera que serán créditos concursales los debidos con anterioridad al concurso, en tanto que los devengados durante su tramitación serían créditos contra la masa (v., SÁNCHEZ PAREDES, M.L., “Los contratos bilaterales pendientes en el concurso”, *ADCo*, 18, pgs. 453 y ss).

## **2.2. Los créditos contra la masa derivados de las obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado**

Cuando el juez deba decidir acerca de la resolución del contrato en interés del concurso promovida por la administración concursal o por el concursado, la norma dispone que acordará, en su caso, *las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa*. La importante trascendencia que estos conceptos pueden tener en la larga lista de créditos contra la masa (art. 84.2 LC) ha conducido a algún autor a distinguir, por una parte, las restituciones que procedan y, por otra, las indemnizaciones que hayan de satisfacerse con cargo a la masa. De modo que, el crédito

restitutorio será un crédito concursal y el crédito indemnizatorio será un crédito contra la masa (v., MONSERRAT, A., “Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales”, *ADCo*, 14, pgs. 95 y 96). Pero esta interpretación no ha tenido acogida en la jurisprudencia, donde en relación con los efectos de la resolución tiene mayor trascendencia el hecho de que estemos ante un contrato de tracto único (v., SJM 1 Bilbao, 16.2.2009, *ADCo*, 18, pg. 609) o ante un contrato de tracto sucesivo, en este último supuesto consideran procedente distinguir entre las contraprestaciones insatisfechas antes de la declaración de concurso, que generarían créditos concursales, y las insatisfechas con posterioridad a la apertura del procedimiento, cuya *calificación natural* sería la de crédito contra la masa, en tanto que la indemnización derivada de la resolución en interés del concurso tiene la consideración de crédito contra la masa (v., SAP Barcelona 15ª, 19.6.2009, *ADCo*, 19, pg. 363).

En relación con las consecuencias restitutorias e indemnizatorias derivadas de la resolución por incumplimiento, la normativa dispone que se *incluira en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda*. El precepto parece pensado para los contratos de tracto sucesivo y con prestaciones fraccionadas, cuando dichas prestaciones, aisladamente consideradas, son susceptibles de satisfacer el interés del acreedor. El legislador no ha previsto un crédito restitutorio respecto de las prestaciones cumplidas por la parte *in bonis* y carentes de contraprestación por el contratante concursado, sino un crédito por la contraprestación incumplida por el concursado, que será concursal si el incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso, y contra la masa, si el incumplimiento fue posterior a la apertura del procedimiento. Ello responde a los efectos particulares que la doctrina civilista atribuye a la resolución por incumplimiento en los contratos de tracto sucesivo, que no podrán tener alcance retroactivo real, en la medida en que las prestaciones cumplidas, normalmente, habrán sido consumidas y no podrán ser restituidas. Atendiendo a estas consideraciones, la Ley Concursal no parece configurar realmente un crédito a la restitución de las prestaciones consumadas respecto de las cuales el correspondiente no se haya producido, sino un crédito por la contraprestación insatisfecha (v., SJM 1 Málaga, 2.10.2008, *ADCo*, 17, pg. 589).

En cuanto a los contratos de tracto único o con prestaciones fraccionadas o aplazadas no susceptibles de satisfacer por separado el interés del acreedor, frente al silencio de la norma, la doctrina ha considerado que el crédito restitutorio de la contraparte *in bonis* será concursal, cuando el incumplimiento del concursado se produjo antes de la declaración de concurso (v. SJM 1 Alicante, 25.2.2009, *ADCo*, 18, pgs. 609 a 611, y SAP Alicante 8ª, 9.9.2010, *ADCo*, 23, pgs. 372 y 373), y contra la masa, cuando el incumplimiento fue posterior (v., SSAP Valencia 9ª, 22.12.2010 y 5.4.2011, *ADCo*, 25).

Por lo que respecta al posible crédito indemnizatorio derivado de la resolución, parece que su naturaleza estará, igualmente, en función del incumplimiento, y si este fue anterior al concurso, el crédito a la indemnización será concursal, en tanto que si fue posterior, será un crédito contra la masa.

No obstante, aunque el legislador no se pronuncia al respecto, cuando el incumplimiento hubiera sido anterior y posterior a la declaración de concurso y las prestaciones fraccionadas no fueran divisibles y susceptibles de satisfacer separadamente el interés del acreedor, tanto el crédito por la restitución cuanto el crédito indemnizatorio que proceda podrían considerarse a cargo de la masa (v., en relación con todas las cuestiones expuestas, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso”, cit., pgs.74 y ss.).

### **2.3. La posibilidad de subordinación del crédito**

La Ley Concursal contempla la posibilidad de que los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61 y 62 sean objeto de subordinación cuando concurren determinados requisitos consistentes en que *el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso* (art. 92.7º).

Según se ha puesto de manifiesto en la práctica, la solicitud de subordinación del crédito daría lugar a la apertura de un incidente concursal en el que el juez deberá comprobar la concurrencia de una conducta del contratante *in bonis*, tanto anterior como posterior a la declaración de concurso, ejecutada de forma reiterada, que se dirija a obstaculizar el cumplimiento del contrato, produciendo un perjuicio al interés del concurso, de tal modo que el informe de la administración concursal no se estima un requisito esencial, ni resulta vinculante para el juez (v. SJM 1 Málaga, 26.5.2011, ADCo, 25). Así, si el contratante *in bonis* incumple el contrato reiteradamente con el fin de forzar la resolución por incumplimiento (art. 62 LC) y concurre un interés del concurso favorable a la continuación, la administración concursal o el propio concursado podrían solicitar del juez la subordinación de su crédito. Con ello se trataría de garantizar la efectividad del principio de vigencia del contrato, procurando la prevalencia del interés del concurso sobre el interés particular del contratante no concursado.

Ahora bien, la norma solo contempla los supuestos en que la conducta reiterada del contratante *in bonis* obstaculiza el cumplimiento del contrato, tanto en el caso de que este continúe conforme a la regla general por disposición legal (art. 61.2 LC), como en el supuesto de que prosiga por decisión judicial en observancia del interés del concurso y no obstante la concurrencia de un incumplimiento resolutorio (art. 62.3 LC). El legislador no ha previsto la posibilidad de que el acreedor *in bonis* obstaculice la resolución del contrato en perjuicio del interés del concurso, situación que con alguna frecuencia se ha venido planteando en la práctica. En tales supuestos, los Tribunales han subordinado el crédito, pero no por la vía prevista para los créditos derivados

de los contratos con obligaciones recíprocas sino por aplicación analógica de la norma que en los casos de rescisión concursal califica los créditos de la contraparte en el contrato rescindido como créditos contra la masa, *salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado* (art. 73.3 en relación con el art. 92. 6º LC). De la misma manera se ha considerado que la renuencia de la parte *in bonis*, que se opone a la resolución del contrato en interés del concurso, pondría de manifiesto una actuación de mala fe que justificaría la subordinación de su crédito (v., entre otras resoluciones, AJM 1 Bilbao, 12.11.2009, *ADCo*, 20, pg. 533, y SAP Álava 1º, 22.9.2010, *ADCo*, 23, pgs. 375 y 376).

### **3. Efectos del concurso sobre las facultades de los contratantes: la excepción de contrato incumplido y la resolución por incumplimiento**

Tomando como punto de referencia el momento de apertura del procedimiento concursal, la Ley distingue dos supuestos de pendencia del contrato. Aquel en que el contrato solo está pendiente de cumplimiento por uno de los contratantes (concurado o parte *in bonis*), y aquel en que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes. La distinción conlleva una diferencia de trato fundamental, ya que, como hemos visto, si el contrato está pendiente de cumplimiento solo por el concursado, el crédito del contratante *in bonis* cumplidor será un crédito concursal (art. 61.1), en cambio, si el contrato está pendiente de cumplimiento por ambos contratantes, el crédito de la parte *in bonis* por las prestaciones a cargo del concursado será un crédito contra la masa.

Ahora bien, la diferencia de tratamiento no va referida solo a la calificación del crédito sino muy especialmente a las facultades previstas a favor del contratante *in bonis* una vez declarado el concurso. De hecho la posición del contratante no concursado frente al concurso es mejor si no ha cumplido totalmente su prestación que si la ha cumplido.

#### **3.1. La posición del contratante *in bonis* que ha cumplido totalmente la prestación a su cargo**

Si el contratante *in bonis* cumplió íntegramente la prestación a su cargo antes de la declaración de concurso, la deuda que corresponda al concursado se incluirá en la masa pasiva (v. entre otras, SJM 1 Alicante, 27.3.2009, *ADCo*, 20, pg. 526). La Ley Concursal no contempla otra solución para la parte *in bonis* cumplidora que someterse al concurso, con la ruptura definitiva del equilibrio propio de la contratación, donde el cumplimiento de una parte se concibió inicialmente como contrapartida del cumplimiento de la otra, en una relación de reciprocidad o sinalagma que atribuía especiales mecanismos de protección a la parte cumplidora o dispuesta a cumplir: la excepción de incumplimiento contractual y la facultad de resolución por incumplimiento.

Frente a estas medidas de garantía de la equivalencia de prestaciones propia de la contratación, declarado el concurso, cuando el contratante *in bonis*

ya había ejecutado la prestación a su cargo, no podrá pedir la resolución por incumplimiento. En principio porque el reconocimiento de esta facultad en el concurso parece limitarse a los supuestos de contrato pendiente de cumplimiento por ambas partes (art. 62 en relación con el 61.2 LC, y STS 11.10.2011, ADCo, 26), pero sobre todo porque los efectos restitutorios de la resolución no son compatibles con los principios y reglas concursales. Una restitución de eficacia retroactiva real, permitiría al contratante no concursado separar un bien de la masa activa y lo colocaría al margen del concurso, otorgándole un tratamiento privilegiado frente al resto de acreedores del deudor, incluidos aquéllos que, encontrándose en la misma situación, no pueden separar el bien porque no resulta identificable. Además, dado que esta es la situación mas frecuente en que se producen los créditos concursales, el ejercicio de resolutorias con eficacia restitutoria podría privar al procedimiento de masa activa con la que atender sus fines (v., por todos, MARTÍNEZ FLÓREZ, A, “Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso”, cit., pgs. 60 y ss.). No obstante, ante estos argumentos se ha afirmado la posibilidad de ejercicio de una resolución con efectos meramente obligacionales y no reales. Si lo que resulta incompatible con el concurso no es la resolución en sí sino sus efectos, y puesto que el principio de vigencia va referido a los contratos con obligaciones recíprocas cualquiera que sea su grado de ejecución, sería posible entender que el contratante *in bonis* cumplidor podría hacer uso de la facultad resolutoria, si bien *los efectos de la resolución, restitutorios e indemnizatorios, serán asimilados a la calificación “concurzal” del crédito* (v., GARCÍA VICENTE, J.R., “art. 61”, *Comentarios de la Ley Concursal*, cit., pg. 698).

### **3.2. La posición del contratante *in bonis* que no ha cumplido**

Si al momento de la declaración de concurso el concursado había cumplido la obligación a su cargo y solo estaba pendiente de cumplimiento la correspondiente a la parte *in bonis*, el crédito a favor del concursado ingresará en la masa activa y las acciones de tutela del contratante cumplidor podrán ser ejercidas, según vimos, por el concursado intervenido o la administración concursal en caso de suspensión (art. 54 LC).

Ahora bien, si el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes y dado que el concurso no produce efecto alguno sobre el mismo, de modo que las partes –concurtido y parte *in bonis*- podrán seguir cumpliendo las prestaciones a su cargo conforme a lo convenido y en consonancia con el esquema contractual típico, cuando un contratante se vea requerido para cumplir podría ejercer la excepción de incumplimiento contractual o de cumplimiento defectuoso, caso de que la contraparte que le requiere no haya cumplido o no haya cumplido conforme a las condiciones pactadas. De igual manera, el contratante cumplidor, frente al incumplimiento de la otra parte, podría exigir el cumplimiento o la resolución del contrato con indemnización de daños en ambos casos.

En cuanto a la posibilidad de la excepción de incumplimiento contractual o de cumplimiento defectuoso, la doctrina mayoritaria y los jueces de lo

mercantil (v., SJM 1 Bilbao, 21.9.2009, *ADCo*, 20, pgs. 529 y 530) consideran que con arreglo al principio de vigencia del contrato, la declaración de concurso no afecta a la protección que brinda al contratante *in bonis* el sinalagma, y si el concursado o la administración concursal no cumplen la prestación o prestaciones comprometidas, el contratante *in bonis* podría negarse a cumplir, a su vez, las obligaciones asumidas por el contrato (v., MARTÍNEZ FLOREZ, A., “art. 61”, cit., pg. 1144). No obstante, no ha faltado quien, partiendo de una consideración un tanto equívoca del principio de vigencia, ha considerado que la contraparte *in bonis* no podría hacer uso de una facultad que le habilita para suspender la ejecución del contrato incompatible con la necesidad de continuación y mantenimiento propia de la regla de la vigencia (v., GÓMEZ MENDOZA, “Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales”, cit., pg. 2808).

Con respecto a la resolución por incumplimiento, la normativa establece por un lado, que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes en caso de incumplimiento posterior de cualquiera de los contratantes y, por otro, que *si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso* (art. 62.1 LC). De modo que, caso de que el contrato con obligaciones recíprocas pendiente de cumplimiento por los dos contratantes fuera un contrato de tracto único podrá resolverse por incumplimientos posteriores a la declaración de concurso, en tanto que si fuera un contrato de tracto sucesivo podrá resolverse tanto por incumplimientos posteriores como anteriores a la apertura del procedimiento. Al respecto, la doctrina ha considerado que ello no impediría la resolución del contrato de tracto único pendiente de cumplimiento por ambas partes también en caso de que el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso, ya que lo contrario *supondría dejar indefensa (y vinculada de forma indefinida) a la parte dispuesta a cumplir y que sufre el incumplimiento del otro contratante* (v., MARTÍNEZ FLOREZ, A., “art. 61”, cit., pg. 1165). Frente a las resoluciones judiciales partidarias de esta concepción, la opinión mayoritaria entre los jueces y tribunales mercantiles considera que, en base a la literalidad del precepto, no puede ejercerse la resolución en los contratos de tracto único por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso (v., por todas, SAP La Coruña, 16.9.2011, *ADCo*, 26).

En cualquier caso, la resolución habría de ejercerse ante el juez del concurso y por la vía del incidente concursal, por lo que parece que no sería posible un ejercicio extrajudicial de la resolución. Además, si el juez del concurso tiene atribuida la facultad de enervar la resolución en interés del concurso, solo podrá hacer uso de esta facultad cuando la resolución se ejerce conforme a la normativa (art. 62.2 y 3 LC).

BIBLIOGRAFÍA: FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, 1992; GARCÍA VILLAVARDE, R., “Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y

suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución”, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, 1996, pgs. 301 y ss; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “arts 61, 62 y 63”, en Rojo-Beltran, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pgs. 1115 y ss., y “Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento”, *ADCo*, 13, pgs. 57 y ss; GARCÍA VICENTE, J. R., “art. 61”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, coord. Bercovitz, Madrid, 2004, vol I, pgs 669 y ss; GÓMEZ MENDOZA, M., “arts. 61, 62 y 63”, en Sánchez Calero-Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la Legislación Concursal*, T II, pgs. 1139 y ss; también, GÓMEZ MENDOZA, M., “Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales”, SALELLES, J. R., “La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: consideraciones sobre el régimen establecido por el artículo 61 de la Ley Concursal”, y MARTÍNEZ ROSADO, J., “Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal), todas en *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid –Barcelona, 2005, T. I; BONARDELL LENZANO, R., *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, Valencia, 2006; BLASCO GASCÓ, F. DE P., *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Valencia, 2009; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., *Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales*, Valencia, 2010.