

Anuario de Derecho Concursal

24

septiembre/2011 (3)

CONSEJO EDITORIAL

Presidente

ÁNGEL ROJO

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid*

Director

EMILIO BELTRÁN

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad CEU San Pablo*

Secretarios

ANA-BELÉN CAMPUZANO

*Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad CEU San Pablo*

JOSÉ-ÁNGEL GARCÍA-VALDECASAS

Colegio de Registradores de España

JAVIER PLAZA

*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia*

IGNACIO TIRADO

*Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid*

El Anuario de Derecho Concursal es el órgano de expresión de universitarios, jueces, administradores concursales, abogados y cuantos estudian o aplican la normativa reguladora del concurso de acreedores, como procedimiento establecido para el tratamiento de las situaciones de insolvencia.



Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos*

Carlos Salinas

Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia. Abogado

RESUMEN

Pese a la complejidad y heterogeneidad de la materia, existen una serie de principios básicos que permiten comprender mejor los efectos del concurso sobre los contratos y afrontar su rica problemática práctica. El primero y fundamental es que estos efectos están teleológicamente orientados hacia la satisfacción de los fines de continuación o normalmente liquidatorios que tiene el concurso y el de que los sacrificios impuestos a los acreedores por esta causa justifican algunas modificaciones en la par condicio creditorum. Pero también tenemos otros, como, por ejemplo, el principio de mantenimiento de algunas obligaciones sinalagmáticas. O el principio de inoponibilidad. O la regulación flexible de la resolución por incumplimiento, entre otros. Todos ellos muestran su utilidad a la hora de afrontar los múltiples problemas que su utilización genera en la práctica concursal. Como se ejemplifica con algunos casos concretos que se explican.

Palabras clave: Derecho concursal/ Efectos/ Efectos sobre los contratos/ Resolución del contrato/ Resolución por incumplimiento/ Rehabilitación.

Keywords: Insolvency Law/ Effects of the Insolvency Proceeding/ Effects of the Insolvency Proceeding in contracts/ Termination of the Contract/ Breach of contract.

ABSTRACT

The effects of the insolvency proceeding in contracts it is a very complex matter. Anyway there are some main interpretative principles that offer a very useful guide in order to solve the difficult problems that the practical implementation of the Insolvency Act has shown. The main one is that these effects are focused to improve the implementation of the insolvency proceeding's aims. That is to say: or to continue the activity of the company or to liquidate the company's assets. And that the sacrifices imposed to those creditors can be legally compensated. There are also other secondary principles as i.e. the maintenance of contracts or the non validity of resolution clauses. All of them have lots of practical applications to solve the multiple interpretative problems given by these matters as it is explained with the examples studied in the text.

El trabajo fue recibido el 31 de marzo de 2011 y aceptado para su publicación el día 15 de abril de 2011.



SUMARIO

- I. PREÁMBULO: LA DIFÍCIL ENCRUCIJADA DEL DERECHO CONCURSAL
- II. FINALIDAD Y ESTRUCTURA DE LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS. EL PRINCIPIO DE COMPENSACIÓN DE SACRIFICIOS
- III. CONTRATOS SINALAGMÁTICOS-1. *Principio de vigencia*-1.1. Principio de mantenimiento de los contratos con obligaciones recíprocas-1.2. Principio de ineficacia-2. *La resolución por incumplimiento*-2.1. Reglas generales-2.2. El problema de los contratos de suministro eléctrico-2.3. El problema de los clientes de las promotoras-2.4. El problema del leasing-3. *La admisión de excepciones legales*
- IV. CONTRATOS LABORALES (REMISIÓN)
- V. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (REMISIÓN)
- VI. REHABILITACIÓN DE CONTRATOS-1. *Los contratos de crédito y las compraventas a plazos*-2. *El artículo 155.2 de la Ley Concursal*-3. *Los contratos de alquiler*

I. PREÁMBULO: LA DIFÍCIL ENCRUCIJADA DEL DERECHO CONCURSAL

Antes de entrar propiamente en lo que es el objeto de este trabajo, queremos hacer una breve referencia a una cuestión que es, en gran parte, la que motiva la existencia del mismo¹. Creemos que no es exagerado señalar que, actualmente, el Derecho concursal se encuentra en «estado de shock». La Ley Concursal de 2003 (RCL 2003, 1748), pensada y elaborada en un momento de bonanza económica, y que, con todas sus virtudes, pecaba de un cierto carácter «naif», al orientarse hacia una salvación «dentro del concurso» de la empresa (cosa harto difícil); ha chocado con la difícilísima prueba de su utilización en una de las crisis más severas que ha vivido España en las últimas décadas. Prueba que no se puede decir que haya pasado de forma demasiado airosa.

La propia insuficiencia de la Ley ha tenido como consecuencia que, tanto la jurisprudencia como la práctica, sin duda con la mejor voluntad, se hayan visto obligadas a proponer en algunos casos soluciones «*praeter legem*» o incluso rozando el carácter «*contra legem*». Frente a ello, la doctrina, como no podía ser de otra forma, ha reaccionado con prudencia. Es evidente que sólo el sosiego y una cierta «perspectiva histórica» que dará el paso de los años permitirán asimilar las experiencias que este duro trance nos está aportando, y sin duda ayudarán a enriquecer el Derecho concursal futuro.

Sin embargo, el problema es que cuando llegue dicho sosiego y alcancemos dicha perspectiva, será tarde. Y muchas empresas y puestos de trabajo se habrán perdido por el camino y no sólo por la crisis, sino, lo que es mucho peor, por la inoperancia de las normas vigentes para aportar soluciones a las empresas económicamente viables. En este sentido, no podemos sino aplaudir que se haya procedido a refor-

¹ Prescindimos de introducir referencias bibliográficas en este apartado, ya que se pretende dar una opinión personal del autor, no agotar un tema, el de la «crisis» del Derecho concursal, en sí, casi tan antiguo y extenso como la misma disciplina.

mar la Ley, y exista en la actualidad otro Proyecto de Reforma (LEG 2011, 4427) en marcha. Pero todos sabemos que, en parte por las urgencias de estas dos iniciativas, esto no es suficiente. Debemos hacer más.

Por ello mismo, estamos convencidos de que es la obligación de la doctrina prestar atención a los múltiples problemas que está aportando la práctica, e intentar ayudar aportando ideas para su mejor solución e interpretación. De esta forma, prestaremos apoyo a la difícil labor que realizan los Jueces y Administradores concursales, denunciando, si es necesario, los excesos en que puedan incurrir. Pero sin caer en dogmatismos estériles o excesivamente rigoristas.

Es evidente que, dada la novedad de muchos de estos problemas prácticos, este primer análisis doctrinal tendrá siempre un cierto carácter provisional e incluso un mayor riesgo de error. Y que, obviamente, hay que buscar el justo equilibrio entre el rigor y la acción. Pero no podemos quedarnos sentados y esperar a tener certezas plenas sobre cuáles son las soluciones. Ese momento, sin duda llegará, pero mientras tanto creemos conviene realizar ejercicios como el que se propone con este trabajo.

Esto es, partiendo del abundante material aportado por la práctica y la jurisprudencia, y confrontado con los análisis doctrinales existentes, pergeñar cuáles pueden ser los principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos. Todo ello, para facilitar la solución de los múltiples problemas interpretativos que la práctica de esta materia plantea a los operadores. Labor que, sin duda, merecería la atención de una obra monográfica al respecto, y que aquí sólo podemos esbozar, pero sobre la que, entendemos, conviene ya avanzar algunas propuestas interpretativas.

II. FINALIDAD Y ESTRUCTURA DE LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS. EL PRINCIPIO DE COMPENSACIÓN DE SACRIFICIOS

Los efectos el concurso sobre los contratos ha sido siempre una materia de gran dificultad, tanto por su carácter eminentemente técnico, como por su gran heterogeneidad, ya que bajo el paraguas de los artículos 61 a 70 de la Ley Concursal, se regulan los efectos sobre todo tipo de contratos, sin tener en cuenta las grandes diferencias que pueden existir entre cada uno de ellos. Es decir, en el fondo, no existen efectos del concurso genéricos sobre los contratos, sino que dichos efectos se modulan en su aplicación a cada tipo contractual específico.

Ello no quiere decir, sin embargo, que, con la salvedad antedicha, no se puedan dar una serie de consideraciones generales sobre cómo funcionan dichas normas. Todo lo contrario, sólo desde una recta interpretación de las líneas básicas del esquema legal, se podrá estar en condiciones de analizar con suficiente perspectiva el caso concreto de cada tipo contractual. Y ésta es la labor que, ayudados del importante bagaje jurisprudencial y doctrinal que empieza a existir sobre el tema, pretendemos abordar en este trabajo.

La primera clave para entender estos preceptos se encuentra en interiorizar que estamos ante normas que buscan facilitar la consecución de los fines del concurso. Esto es, que estamos ante especialidades que la Ley Concursal introduce en la Teoría General de las Obligaciones y Contratos precisamente para facilitar la salvación de empresas por medio de un convenio o su ordenada y más beneficiosa liquidación para los acreedores².

Y es que, no podemos olvidar que los contratos de los que es titular una empresa son, en muchos casos, un importante activo o pasivo para el concurso. O porque tienen un valor importante ya sea para la continuación de la empresa o para su más ventajosa liquidación. O porque son generadores de importantes deudas contra la masa, que son el grave obstáculo que estrangula el funcionamiento práctico de muchos concursos³.

La segunda idea fundamental para comprender estas normas es lo que hemos venido a denominar «el principio de compensación de sacrificios». Con este principio, lo que queremos resaltar es que, al fin y a la postre, la normativa concursal sobre los efectos de los contratos, lo que significa por regla general⁴ es la imposición

² Para la aplicación de la resolución contractual en fase de liquidación, vid. la importante SJM 1 Valencia 26.11.2010. Es imposible entrar siquiera de forma somera en la rica problemática de los fines del concurso. En todo caso, no nos resistimos a señalar que, como todos sabemos, el 90% de los concursos tienen una finalidad liquidatoria, por lo que, lejos de las bienintencionadas manifestaciones sobre la «salvación de la empresa» que contiene la Exposición de Motivos de la Ley Concursal y refleja la doctrina, lo cierto es que la finalidad fundamental de los efectos del concurso sobre los contratos debe ser facilitar una liquidación ordenada y lo más eficiente posible de los activos y pasivos de la concursada. Esta circunstancia queda muy bien reflejada en la sentencia que reseñamos, en la que la existencia de un contrato de Gestión Hotelera y, en concreto, su abultada cláusula penal de resolución, obstaculizaban la adjudicación del inmueble en fase de liquidación y la propia liquidación en sí. Lo que, acertadamente, fue tenido en cuenta por el Juzgador para considerar que entre los fines del concurso está el de conseguir una más ventajosa liquidación y moderar dicha cláusula.

³ Pone de manifiesto esta idea, GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos: Cuestiones generales», en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal Homenaje al Prof. Olivencia*, 2005, III., pg. 2788. Trabajo en el que se contiene un interesante resumen del Derecho comparado en la materia, pg. 2791 ss. Por el lado del activo, nos ilustra muy bien este extremo SJM Baleares 28.9.2007 (AC 2008, 371) donde el principal activo de la empresa en concurso era un arrendamiento de industria hotelera, cuya resolución por mor de la apertura del concurso hubiese supuesto la desaparición del único activo de la concursada; y la ya citada SJM 1, Valencia 26.11.2010, en otro caso de arrendamiento de industria hotelera pero en fase de liquidación. En el lado pasivo, normalmente los contratos que más suelen determinar el crecimiento de las deudas contra la masa, suelen ser los contratos laborales (que hemos excluido del objeto de este trabajo) pero también se dan muchos casos con otro tipo de contratos como, por ejemplo, leasing de bienes ya no necesarios para el proceso productivo, o arrendamientos de inmuebles de instalaciones ya cerradas por el concursado. Deudas contra la masa que sólo se pueden frenar por medio de un adecuado sistema de extinción incluso sin incumplimiento de este tipo de contratos.

⁴ Hacemos esta precisión porque la práctica es tan rica y variada que, por ejemplo, no se puede descartar que el mantenimiento del contrato ex (art. 61 LC) sea beneficioso para el no concursado, o su resolución ex (art. 61. 2 LC). Pero las leyes se redactan e interpretan en atención al lo que acontece habitualmente y, no se nos negará que, como regla general, las normas de los (arts. 61 a 70 LC) suponen sacrificios para los acreedores afectados por las mismas.

a algunos acreedores del concursado de sacrificios excepcionales no exigibles a otros acreedores. Por ejemplo, obligándoles a mantener un contrato sinalagmático pese al concurso (art. 61 LC); o rehabilitándolo, incluso contra su voluntad (arts. 68-70 LC). Por ello mismo, la Ley ha establecido una serie de compensaciones para dichos acreedores (básicamente, a través del mecanismo de calificar su crédito como contra la masa) que, al estar más que justificadas, ni deben ser objeto de interpretación restrictiva ni, mucho menos, tratarlas como «sospechosas» de atentar contra el principio de la *par condicio*. Esto lo decimos porque, como se verá a lo largo del texto, en algunos casos se ha realizado una interpretación demasiado restrictiva de estas «compensaciones legales» a los acreedores afectados por estas normas que, en nuestra opinión, son rechazables.

Estas especialidades se estructuran en la Ley Concursal en cuatro grandes apartados: El primero y, sin duda, más importante es el destinado a los efectos sobre los contratos sinalagmáticos (arts. 61 a 63), que, a su vez se divide en tres subapartados. El que nosotros denominamos principio de vigencia (art. 61). La normativa especial de la resolución por incumplimiento (art. 62). Y los casos especiales que permite siempre bajo reserva de Ley (art. 63). El segundo, y de no menor importancia, es el dedicado a los contratos de trabajo, pero que, por su especialidad, nosotros no abordaremos en este estudio. El tercero, el dedicado a los contratos administrativos (art. 67), que tampoco trataremos. Y, por último, la rehabilitación de contratos (arts. 68 a 70).

III. CONTRATOS SINALAGMÁTICOS

Es importante retener de forma previa que, a pesar de que pueda parecer una obviedad, quedan fuera de estas normas las obligaciones que no sean sinalagmáticas⁵. Es decir, que esta exclusión no meramente teórica o marginal, ya que deja fuera contratos tan importantes en la práctica como los de préstamo.

1. Principio de vigencia

La primera especialidad que establece al respecto de las obligaciones sinalagmáticas la Ley Concursal en el es que el concurso, a pesar de la situación de insolvencia del concursado, *no afecta, como regla general, a este tipo de obligaciones* (art. 61 LC). Ésta es, sin duda, una especialidad con respecto a la Teoría General de las Obligaciones, donde la insolvencia de una de las partes permite a la otra extinguir la relación obligacional (p. ej. art. 1129 en relación 1124 CC [LEG 1889, 27]). Y su justificación evidentemente se encuentra *en la idea de proteger el valor de masa activa del concurso, evitando que los activos contractuales que tenga la empresa puedan perderse por el mero hecho de encontrarse en concurso*. Esta norma es ciertamente original en el panorama de Derecho comparado, donde suele ser más habitual conferir a la administración concursal la facultad de mantener determinados contratos *pero*

⁵ Muy significativa, en este sentido, por ejemplo, es la SAP Barcelona 1.6.2006 (AC 2007, 1004), que deja claro que las normas sobre resolución contractual contenidas en el artículo 62 de la LC no son de aplicación a los contratos de préstamo.

sólo si expresamente se manifiesta dicha voluntad, en vez de mantenerlos de forma automática y genérica⁶. Solución que, pese a su originalidad, nos parece adecuada ya que, desde un punto de vista práctico, imponer a la administración concursal la carga de decidir qué contratos se mantienen sería, aparte de muy difícil de gestionar, muy complicado de valorar para ellos, con lo que finalmente si la norma fuese la opción, mucho nos tememos que la regla general fuese la no continuidad de los contratos después de la declaración de concurso.

Dicho principio de vigencia se desglosa en dos subprincipios: el de mantenimiento del contrato (art. 61.1 y 2) y el de ineficacia de las cláusulas de resolución o extinción (art. 61.3).

1.1. Principio de mantenimiento de los contratos con obligaciones recíprocas

Este principio se encuentra recogido en los apartados 1 y 2 del artículo 61. En todo caso, de su atenta lectura se desprende que, *no son todos los contratos sinalagmáticos los que se mantienen, sino sólo aquellos en los que ninguna de las partes haya cumplido íntegramente sus obligaciones*. Por ello mismo hay que distinguir dos grandes casos: un solo contratante *in bonis* y ambos contratantes pendientes de cumplimiento.

1.1.1. Un solo contratante *in bonis*

Si el contrato sinalagmático ha sido íntegramente cumplido por una de las partes, si el que debe cumplir es el concursado, esa obligación no se mantiene, sino que a la contraparte sólo le queda insinuar su crédito en la masa pasiva del concurso. Y si es el concursado el que ya ha cumplido, lo que sucederá es que en la masa activa del concurso se integrará la obligación de la contraparte de cumplir⁷.

Ésta es, por otro lado, una de las razones por las que esta normativa se aplica sólo a los contratos sinalagmáticos, ya que un contrato unilateral *siempre tendrá o como deudor único al concursado o como acreedor único a éste*⁸. Es decir, que lo que procede con estos contratos es que se insinúe el crédito en la masa pasiva o se incluya en la masa activa del concurso⁹.

Esta situación puede parecer muy lógica, pero lo cierto es que en la práctica suele generar problemas. Por ejemplo, cuando la empresa sigue en funcionamiento y el concursado pretende después de la declaración de concurso entregar los pedi-

⁶ Al respecto, por ejemplo, GÓMEZ MENDOZA, «Efectos del concurso sobre los contratos: Cuestiones generales», cit, pg. 2791 ss.

⁷ Por poner un ejemplo: Si estamos ante una compraventa en la que el comprador es el concursado y el vendedor ya ha entregado la mercancía aceptando el aplazamiento del pago del precio, declarado el concurso, al vendedor no le quedará más alternativa que insinuar su crédito en el concurso. Y, si hubiese sido el concursado el que pagó recibir ya la mercancía, y lo que quedaba era que fuese entregada por el no concursado, dentro de la masa activa del concurso estará el derecho a recibir las precitadas mercancías.

⁸ Conf. MARTÍNEZ FLÓREZ, A. «art. 61», en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, 2004, I, pg. 1122.

⁹ SAP Barcelona 1.6.2006 (AC 2007, 1004).

dos que le hicieron y pagaron sus clientes antes de la declaración de concurso, pero que todavía no han sido entregados. El daño comercial de no entregar los pedidos puede ser muy importante y puede hacer ilusoria la posible «salvación de la empresa». Sin embargo, lo cierto es que la Ley deja poco margen para defender que dichos pedidos pueden ser entregados. La solución más plausible es que dichos clientes deberán insinuar su obligación de entrega en la masa pasiva del concurso como una obligación de hacer con el carácter de crédito ordinario.

Tratando de conjugar todos los intereses en presencia, una solución que se suele utilizar en la práctica, es la posibilidad de ofrecer descuentos a los clientes para conseguir de alguna manera compensar el daño producido por el «incumplimiento» del concursado de los pedidos anteriores a la declaración de concurso. Situación que de forma indirecta puede suponer un cierto «recobro» de la deuda concursal. Somos conscientes de que esta solución tiene «luces y sombras» pero entendemos que es perfectamente defendible, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que una de las finalidades básicas de la Ley Concursal es fomentar la continuación de las empresas que son declaradas en concurso. En todo caso, será labor de la administración concursal evitar que a través de esta vía se produzcan abusos (con «descuentos» excesivos o sólo dirigidos a unos clientes en detrimento de otros).

Un caso semejante es el de los proveedores del concursado que éste necesita mantener para seguir con su actividad pero cuyos pedidos servidos antes de la declaración de concurso y no pagados no pueden ser satisfechos como deudas contra la masa, a diferencia de lo que sucede con los posteriores a la declaración de concurso. Aquí también se puede utilizar la imputación de algún extracoste en los precios de los suministros postconcursoales, como forma de evitar la pérdida del proveedor y la posible paralización de la actividad. Pero en ningún caso se pueden aceptar pagos por deudas anteriores a la declaración de concurso, ya que se trata de deudas claramente concursales. Una vez más, correspondería a la administración concursal supervisar que este tipo de prácticas no se realicen de forma abusiva.

La diferencia tan importante que existe en que queden o no obligaciones pendientes de cumplir por ambas partes, ha provocado que en la jurisprudencia se hayan tratado casos en los que se ha pretendido forzar los hechos para intentar crear situaciones de recíproca pendencia de obligaciones¹⁰.

1.1.2. Ambos pendientes de cumplimiento

Sólo cuando ambas partes se encuentra de forma total o parcial y recíprocamente pendientes del cumplimiento de obligaciones, es cuando la Ley Concursal esta-

¹⁰ Por ejemplo, Sjmer Bilbao 19.12.07 (AC 2007, 2068). No es pendiente el servicio de piezas y mantenimiento al ser accesorio. Conf. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Art. 61», cit. PG. 1130; MONSERRAT, A., «Efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», en *ADC*, 14/2008-2, pg. 73.

blece la regla especial, que es que el concurso *per se* no provoca la finalización del contrato¹¹.

Dado el sacrificio que se impone al no concursado, la Ley le da la garantía de que las prestaciones que queden a cargo del concursado tendrán la consideración de deudas contra la masa. Entendemos que en dichas prestaciones no debe hacerse distinciones entre si son anteriores o posteriores a la declaración de concurso, ya que sino el no concursado debería sufrir un doble daño, no cobrar lo devengado con anterioridad al concurso y la incertidumbre de si habrá suficiente masa para que pueda cobrar el resto de sus emolumentos. Todo ello, aplicando el «principio de compensación de sacrificios» al que hacíamos referencia al principio de este trabajo¹².

Y es que, dada la delicadísima situación patrimonial que tienen las empresas que entran en concurso, junto el amplísimo elenco de deudas contra la masa (art. 84.2 LC), unido al muy criticable principio del vencimiento establecido por el para la prelación de las deudas contra la masa (art. 154 LC), *hacen que en la práctica ser deuda contra la masa no sea en modo alguno garantía de cobro de dichas deudas*. Por ello mismo, una interpretación restrictiva de esta norma nos parece claramente contraria, no sólo a la letra, sino también al espíritu de la Ley, y manifiestamente inequitativa.

La importancia práctica de esta norma ha sido grande, como demuestran los casos tratados en la jurisprudencia¹³. En todo caso, el principio de vigencia no se ha utilizado siempre con la misma extensión¹⁴.

Como hemos señalado al principio de este trabajo, los contratos pueden suponer un activo o un pasivo para la empresa. Pueden tener la posibilidad de reportar pingües beneficios al concurso, pero también pueden ser una fuente inagotable de nuevas deudas contra la masa que agoten la ya exigua masa concursal, dejando

¹¹ Por ejemplo, sería el caso del concurso de una promotora, en el que las constructoras que estuviesen ejecutando las distintas promociones deben seguir cumpliendo con el contrato, a pesar de la delicada situación de solvencia de aquél que tienen que pagarles las certificaciones de obra.

¹² Después de un exhaustivo análisis, que incluye interesantes referencias al Derecho comparado, se inclina por la tesis de la distinción entre deudas anteriores (concursoales) y posteriores (contra la masa), JUAN Y MATEU, «Los contratos de suministro en el concurso del suministrado», en *ADCo*, 13/2008, pg. 120 ss. Defiende nuestra postura, también analizando el Derecho comparado, GÓMEZ MENDOZA, M., «Prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas», en *RCP*, 4/2006, pg. 130.

¹³ Por ejemplo, Smer 7 Madrid 28.01.08 (AC 2008, 356). *Caso Forum*, donde se consideró que sólo existían obligaciones pendientes por parte de la concursada; SAP Valencia (Sección 9ª), sentencia núm. 170/2010 de 9 junio (AC 2010, 1246). *Caso Inmochán*, En el que existió una gran resistencia al cumplimiento por el contratante que debía cumplir con el concursado.

¹⁴ Es muy interesante por sus importantísimas implicaciones prácticas el criterio del *JMerc Granada*, núm. I, auto de 13 abril 2010 (AC 2010, 423), de que el principio de vigencia no afecta a los derechos de retención de obras de las promotoras respecto de una constructora en concurso. Debiendo reintegrarlo a la masa, al no tener naturaleza de derecho real.

incluso como ilusorio el cobro de todas las deudas contra la masa y, mucho menos, de deuda concursal, incluso la de carácter privilegiado.

Por ello mismo, la Ley Concursal *permite al concursado o a la administración concursal pedir la resolución sin incumplimiento del contrato, en interés del concurso* (art. 61.2). Si existe acuerdo con la contraparte, esta resolución será homologada sin más, y sino, se tendrá que usar el cauce del incidente concursal. Una vez más, la garantía del no concursado es la calificación de la indemnización a pagar como deuda contra la masa, pero debemos reiterar que esta garantía a veces puede ser ilusoria. También recalcar que normalmente los Jueces no son excesivamente favorables a fijar importantes indemnizaciones por resolución de este tipo de contratos, con lo que el sacrificio para la parte contratante no concursada, suele ser importante.

Aunque la norma no lo diga literalmente, interpretando de forma conjunta los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal, entendemos que este apartado del artículo 61 no puede aplicarse a los casos de resolución por incumplimiento. De esta forma, también se aclararía que, cualquier obligación de restitución y o indemnización derivada de esta norma, tiene, en garantía del no concursado, la consideración de deuda contra la masa¹⁵, a diferencia de lo que se establece para la resolución por incumplimiento (art. 62.4 LC)¹⁶. Todo ello, además, por aplicación del «principio de compensación de sacrificios» antes citado.

La jurisprudencia ha conocido casos de lo más variados¹⁷. Una duda que se ha planteado en la práctica es si cabe la resolución meramente extrajudicial del contrato sin usar el procedimiento del artículo 61.2 de la Ley Concursal. Aunque existe algún precedente a favor¹⁸ entendemos que es preferible realizar solicitud conjunta ya con la avenencia, y que sea homologada por el juzgado¹⁹.

Otro supuesto que entendemos incluido en el citado precepto legal (art. 61.2 LC) es la resolución de contratos en fase de liquidación cuando, como operación de liquidación previa a la extinción de la empresa, sea necesario de forma masiva

¹⁵ Conf. MARTÍNEZ FLÓREZ, cit. pg. 1154.

¹⁶ Parte de la doctrina (entre otros, pg. ej. GÓMEZ MENDOZA, «Efectos del concurso...», cit. pg. 2812), posiblemente influida por los precedentes de Derecho comparado, critica que no se haya establecido un plazo para el ejercicio de este derecho. Sin embargo, en nuestra opinión, es un acierto. La experiencia nos demuestra que la volatilidad de la situación de una empresa en concurso genera que un contrato pueda pasar de ser «imprescindible» para el concurso a «dañino» para el mismo con gran celeridad. Incluso que iniciado el procedimiento de resolución, cambie de nuevo la situación y vuelva a ser conveniente mantener lo que inicialmente se quería terminar. Por ello, la conveniencia de dejar a la discrecionalidad de la AC, bajo tutela judicial, el momento y la conveniencia de utilizar esta facultad.

¹⁷ Por ejemplo, SAP Las Palmas 21.12.07 (JUR 2008, 89789). *Cesión de contratos de patrocinios de la UD Las Palmas a favor de Hacienda previa al Concurso*; Sjmer Málaga 11.10.07 (JUR 2008, 148585) *Caso de arrendamiento*; Sjmer Málaga 11.10.07 (JUR 2008, 148585). *Cto arrendamiento*. También son muy comunes los casos de leasing, de los que hablaremos con posterioridad.

¹⁸ La reconoce Sjmer Málaga 9/03/2006 (AC 354).

¹⁹ Para una práctica semejante, en los casos de los concursos de las promotoras, vid. ENCISO ALONSO-MUNUMER, M., «Crisis de constructoras e inmobiliarias y protección de los compradores», en RCP, 12/2010, pg. 135.

terminar con todas las relaciones contractuales que no puedan ser objeto de enajenación como activo realizable.

Lo que debe quedar claro en estos casos es que la resolución es por la causa de fuerza mayor de la necesidad de terminar con las operaciones de liquidación. Este matiz es muy importante ya que, al ser una resolución con causa, entendemos que los contratantes no concursados afectados por dichas resoluciones no pueden pretender que se les reconozca derecho de indemnización alguno y, por tanto, no se activaría deuda contra la masa alguna²⁰. Situación que justifica también que la restitución de prestaciones en este tipo de casos sólo se admita *ex nunc*, es decir, que no se tenga que devolver prestaciones con carácter contra la masa. En todo caso, hay que reconocer que en la práctica, llegados a la fase de liquidación, esta situación no suele generar demasiados problemas, porque normalmente los no concursados no suelen oponerse a resolver de forma amistosa los contratos y difícilmente plantean la exigencia de indemnización. Situación favorecida porque, rara vez existe activo sobre el que intentar cobrar indemnización alguna en las fases de liquidación.

Muy interesante, en todo caso, y en esta línea, es el proyectado artículo 191 *ter* I. II LC) del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que, para los casos de procedimiento abreviado por liquidación anticipada con oferta de compra, prevé que uno de los posibles efectos del auto de declaración de concurso sea la resolución de los contratos que no estén ligados a la oferta efectiva de compra. El supuesto es quizás un poco específico, pero lo cierto es que pone de manifiesto la problemática que estamos exponiendo. En todo caso, más que extender esta regla con carácter general a la apertura de cualquier fase de liquidación, preferimos soluciones menos automáticas como la de la interpretación legalmente propuesta (art. 61.2 LC); precisamente porque no es conveniente resolver en todo caso los contratos en fase de liquidación, ya que pueden quedar contratos que sean activos que puedan cederse en dicha fase y obtener algo de liquidez²¹.

1.1.3. La aplicación del principio de vigencia a los contratos bancarios y muy especialmente al contrato de descuento

Un problema muy importante que se ha planteado en la práctica, es la aplicación de este principio de vigencia a los contratos bancarios, y muy especialmente a la

²⁰ Excepción hecha de algún supuesto muy especial en el que la resolución genere unos importantes daños al no concursado (por ejemplo, de grandes inversiones no amortizadas ni amortizables de otra forma). Pero deberían ser casos muy extremos, ya que dado el carácter de deudas contra la masa de dichas indemnizaciones, ello podría suponer frustrar si cabe todavía más las difíciles expectativas de cobro que tienen los acreedores concursales en las fases de liquidación.

²¹ En este sentido es muy interesante la referencia que se hace por SALLES, J. R., «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso», en AA VV, *Estudios sobre la Ley Concursal en Homenaje al Prof. Olivencia*, T. III. 2005, pg. 3161; al art. 187. 1 (PALC) 1995, que consideraba la apertura de la fase de liquidación como justa causa para la resolución anticipada de este tipo de contratos.

líneas de descuento. La cuestión es simple: Aunque en principio si la línea de descuento no está incumplida, visto lo establecido en el artículo 61 de la Ley Concursal, el banco debería seguir descontando efectos o demás créditos de la línea²², lo cierto es que en la práctica no suelen hacerlo. Todo ello, con la gran dificultad que para la empresa concursada tiene el intentar seguir en funcionamiento sin poder descontar los créditos aplazados de sus clientes. Sobre todo, porque una vez declarado el concurso, los proveedores les suelen exigir pago a contado, retirando cualquier aplazamiento que pudieran conferírle con anterioridad a la declaración de concurso, y los clientes obviamente quieren seguir manteniendo sus aplazamientos de pago, sino aumentarlos, dada la difícil situación que conlleva hacerle pedidos a una empresa en concurso.

En principio, los argumentos que utilizan los bancos para defender que la línea ya no está operativa suelen ser de dos tipos: El primero, es interpretar que el contrato de descuento no es sino el marco soporte de una serie autónoma de contratos de préstamo individuales, y que nadie les puede obligar a dar nuevos préstamos a un concursado. Y el segundo, es que en sus contratos de descuento existen cláusulas que determinan la libertad que tiene el banco de aceptar o no los efectos que se le presentan al descuento.

Ambos argumentos entendemos que son fácilmente rebatibles: El primero, porque esa visión de la naturaleza jurídica del contrato de descuento es casi decimonónica, siendo ampliamente mayoritaria la concepción de que el contrato de descuento es un contrato de crédito especial, en el que su esencia es la idea de que el banco se compromete a futuro y dentro de los límites marcados en al póliza a adelantar créditos con vencimientos futuros al descontante. Es decir, algo parecido a la apertura de crédito, donde la disponibilidad de crédito es su esencia, no las disposiciones concretas que la componen. Y el segundo, porque, aparte de que ningún contrato puede quedar al arbitrio de uno sólo de los contratantes, lo cierto es que lo determinante para que el banco acepte o no efectos *es la solvencia del crédito a descontar, no el del sujeto que presenta el descuento, por lo que cambios de criterio basados en hechos extraños a este extremo, como el hecho de que el descontante esté en concurso, no pueden ni deben ser aceptados.*

En este sentido, es absolutamente magistral la doctrina establecida por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de febrero de 2008 (JUR 2008, 363981), al establecer lo siguiente:

«El banco no debe perder de vista que el crédito de descuento opera como un tipo de contrato de apertura de crédito, en el que hasta la cifra máxima se concede disponibilidad al acreditado, aunque la disponibilidad venga determinada por la presentación de efectos y su impago, y se

²² Ratifica esta conclusión, hablando del contrato bancario de apertura de crédito, y rebatiendo los múltiples argumentos en contra que se esgrimen desde las Entidades de Crédito, MARTÍNEZ ROSADO, J., «La apertura de crédito en el concurso», en AA VV, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal Homenaje al Prof. García Villaverde*, T. III., 2007, pg. 1958 ss. Aunque no del todo claro, parece aceptar las cláusulas de vencimiento anticipado en los descuentos y, por tanto, la posibilidad de dejar vacía de contenido esta continuidad contractual, BAÑUELS, F., «El Concurso de Acreedores y el Contrato de Descuento», en *ADCo* 17/2009-2, pg. 232.

conceda al banco la facultad de estudiar el riesgo del papel presentado. Traemos a colación la anterior consideración para advertir que la situación del banco, una vez declarado el concurso, al seguir admitiendo el descuento dentro del límite de la cifra máxima de crédito, viene amparada por lo previsto en los arts. 62 y 84 LC, según los cuales al tiempo de resolverse el contrato, el crédito del banco respecto del saldo deudor de la póliza sería crédito contra la masa. Sólo si la Administración concursal hubiera resuelto el contrato conforme al art. 61 LC, y por lo tanto sin que se hubiera producido disposiciones post concursales, el posible saldo deudor sí tendría la calificación de crédito concursal. En estas condiciones, tiene sentido que pueda exigirse del Banco que continúe descontando, dentro de los límites razonables antes expuestos —cifra máxima de crédito y bondad del papel—, pues el riesgo frente al deudor concursado queda paliado con la consideración de su crédito como contra la masa. Del mismo modo que el Banco no puede rechazar arbitrariamente todos los efectos presentados tampoco cabe imponerle que necesariamente los acepte todos. Debe admitirse que pueda rechazar aquellos que, en atención al deudor, exista un claro riesgo de que no llegue a cobrarse. En este sentido, no estaría justificado que el Banco con anterioridad a la declaración de concurso viniera admitiendo los efectos o recibos girados contra un determinado cliente del concursado, y que después de la declaración de concurso dejara de hacerlo, a no ser que constaran efectos impagados que pusieran en evidencia el riesgo de impago. Si tuviéramos que formular el alcance de esta obligación de descontar por parte del banco, partiríamos de la regla general, cual es el deber de aceptar todos los efectos y/o recibos presentados al descuento, estando justificado su rechazo en los casos en que concurran circunstancias que hagan evidente el riesgo de impago del efecto, y siempre dentro del importe límite del crédito. De la misma manera que cabe esperar del Banco una actitud responsable a la hora de no conceder crédito más allá de los riesgos razonables, una vez concedido debería ser responsable de las consecuencias del incumplimiento contractual que supone un rechazo injustificado de «papel bueno» —efectos con escaso riesgo de impago—, que en las circunstancias de un acreditado concursado podría determinar su «asfixia financiera».

Queremos resaltar que, en la búsqueda del correcto equilibrio de intereses entre los bancos y los fines del concurso, de la misma forma que el contrato se mantiene, como otra aplicación del principio de compensación de sacrificios, *no sólo las devoluciones de efectos descontados con posterioridad a la declaración de concurso sino cualquier devolución posterior a la declaración de concurso de efectos descontados con anterioridad al concurso debe considerarse que tendría la consideración de deuda contra la masa.* Pudiéndose incluso pedir inmediatamente su abono como deuda contra la masa sin esperar al cierre de la línea. Forma de proceder que sería también extensible, obviamente, a devoluciones de descuentos efectuados con posterioridad a la declaración de concurso.

Téngase en cuenta que, con ello, no hacemos sino aplicar de forma abreviada el principio contenido en la Ley Concursal (art. 62.4 y 3 LC). Por un lado, estaríamos ante incumplimientos posteriores a la declaración de concurso de un contrato de tracto sucesivo, que, si se pide la resolución contractual, son contra la masa (art. 62.4 LC). Y, por otro, si lo que se quiere es que el contrato continúe, y evitar la resolución, se puede conceder un término de gracia o cortesía, pero obviamente, pagando contra la masa lo que se deba (art. 62.3 LC). Como sabemos por la práctica, ser deuda contra la masa no es siempre una garantía de pago real en un concurso, pero obligar a asumir este riesgo a los bancos parece justificado para evitar, en palabras del juzgador, «la asfixia financiera» de la empresa concursada. Una vez más, estamos ante un juego de «pesos y contrapesos», en el que la Ley Concursal impone sacrificios a estos acreedores pero también les ofrece algu-

nas compensaciones, que, por ello mismo, no pueden ser objeto de interpretación restrictiva.

En todo caso, debe quedar claro que, si existen efectos descontados y no pagados a su vencimiento, es obvio que esta doctrina jurisprudencial no es de aplicación, ya que el contrato se encuentra incumplido, por lo que el banco puede perfectamente negarse a descontar (*exceptio non adimpleti contractus*) e incluso pedir la resolución por incumplimiento anterior a la declaración de concurso ex artículo 62.1 de la Ley Concursal. Situación en la que, en todo caso, la administración concursal podría pedir el término de gracia previsto legalmente (art. 62.3 LC), aunque, eso sí, pagando como deuda contra la masa los impagados de efectos descontados que pudiesen existir²³.

De todos modos, a pesar de los precedentes jurisprudenciales que acabamos de mencionar, lo bien cierto es que, en la práctica, rara vez los bancos mantienen en vigor las líneas de descuento y otros tipos de pólizas de adelanto de créditos después de la declaración de concurso.

Por ello mismo, y para intentar mantener la financiación de la empresa en concurso, se utilizan los procedimientos más diversos. Uno muy extendido es el de abrir nuevas líneas autorizadas por el Juez en el que se establecen, aparte de unas condiciones de tipo de descuento bastante onerosas, un depósito en garantía de parte de las cantidades adelantadas para proteger el cobro de éstos contra las otras deudas contra la masa si se producen devoluciones de efectos. En todo caso, dicho depósito en garantía sólo permite tener preferencia sobre otras deudas contra la masa que pueda tener el concurso, no pudiéndose utilizar para avalar ningún tipo de compensación ni pago de deuda concursal. Otro procedimiento es el de conseguir que sean los proveedores los que acepten efectos para el cobro de sus suministros. Aunque esto sólo es posible en casos en los que los proveedores tengan mucho interés en mantener las relaciones comerciales con el concursado.

Otra posibilidad, un poco más compleja, pero muy atractiva para el banco, ya que le puede reportar «pago de deuda concursal», es realizar una rehabilitación pactada de alguna línea, pero progresiva según se descuenta nuevo papel. La idea es interpretar que la Ley recoge una *rehabilitación de contratos de crédito incluso contra la voluntad del rehabilitado*²⁴ pero no impide, si las partes lo acuerdan y la administración concursal lo autoriza, *rehabilitaciones distintas del modelo previsto legalmente* (art. 68 LC). Es decir, que la Ley Concursal no prohíbe que las partes, siempre que estén de acuerdo tanto el banco como el concursado y la administración concursal, puedan acordar rehabilitaciones con modificaciones respecto del citado precepto legal. En nuestro caso,

²³ Menos aplauso nos merece la SAP Zar 17/09/2008 (AG 2008, 2300), que acepta sin más que el contrato no puede seguir después de la declaración de concurso. Aunque, en descargo de la Sala, debemos precisar que ciertamente no se planteó el mantenimiento del contrato de forma muy explícita sino sólo tangencialmente, siendo la discusión principal la de la compensación del (art. 58 LC). Tema que es resuelto de forma correcta por la misma.

²⁴ Al respecto vid. *infra* en este mismo trabajo.

que el efecto de pago de deuda concursal a cambio de rehabilitar el contrato no se produzca de golpe, sino sólo utilizando parte de cada uno de los nuevos efectos descontados que, con posterioridad a la declaración de concurso, presente la concursada al banco descontante.

De todos modos, lejos de este tipo de «ingeniería jurídica» al que ha obligado la práctica, queremos insistir en que esta práctica bancaria de negarse a cumplir sus contratos una vez declarado el concurso es, aparte de ilegal, muy criticable. Por ello entendemos que es de plena aplicación la posibilidad de subordinación de sus créditos que prevé el nuevo artículo 92.7 de la Ley Concursal. E incluso, entenderíamos perfectamente fundamentada en Derecho, la interposición de una acción declarativa de resarcimiento de los daños y perjuicios que a la empresa concursada haya provocado la negativa injustificada de los bancos a seguir cumpliendo sus líneas de financiación. Lo que, de reclamarse, podría llegar a suponer cuantías realmente elevadas.

Otro dato que suele plantear problemas interpretativos en la práctica es el de esclarecer si los créditos descontados con anterioridad a la declaración de concurso, pero vencidos con posterioridad a la misma, pueden ser objeto de reclamación por el concursado o la administración concursal al banco descontante. Y la respuesta debe ser claramente negativa. Estamos ante cesiones de créditos anteriores a la declaración de concurso y, obviamente, que no pueden considerarse perjudiciales para el mismo, ya que han servido para dar crédito a la concursada. Por lo que estas cesiones son perfectamente válidas. El verdadero problema en la práctica no va a ser la validez de la cesión, sino el destino que haya hecho del dinero efectivamente descontado por el banco. Si el banco ha aplicado dicha liquidación a compensar deudas no vencidas el acto sería reintegrable por esta causa, pero no por la cesión inherente al contrato de descuento. Aunque si se utilizó para compensar descubiertos ya generados, entendemos que esta forma de proceder no podría ser objeto de impugnación alguna²⁵.

1.2. *Principio de ineficacia*

Esta regla se encuentra recogida en el artículo 61.3 de la Ley Concursal. Esta norma tiene una enorme importancia, ya que supone un giro casi copernicano

²⁵ Para finalizar, es interesante, en relación con el mantenimiento de otros contratos bancarios de crédito, a favor, la JPII Palencia, sentencia de 8 enero (AC 2010, 711). Y el muy complejo supuesto que, a la luz del RDL 5/2005 de acuerdos de garantía, recoge la AP Barcelona (Sección 15ª), sentencia de 30 septiembre 2008. (JUR 2009, 94119), que, no obstante, no compartimos, ya que aunque se ha defendido la naturaleza de la compensación como garantía, lo cierto es que considerarla como una de las garantías recogidas en el RDL 5/2005, creemos que es hacer una interpretación demasiado extensiva de dicha norma. Esta norma ha sido modificada por la DF 8ª de la Ley 16/2009, de Servicios de Pago, para dejar claro que si no se ejercita la facultad de vencimiento anticipado son de aplicación los arts. 61. 2 y 62. 4 LC); lo que, en la práctica, entendemos que debe llevar a la calificación del crédito resultante una vez cerrado el contrato como contra la masa (vid. sobre esta modificación, URÍA FERNÁNDEZ, F., «El régimen concursal aplicable a los acuerdos de compensación contractual. Estado de la cuestión», en RCP, 12/2010, pg. 59 ss.).

en relación a la legislación concursal anterior. Y es que todos hemos visto muchos contratos entre los que, casi como cláusula de estilo, en el apartado dedicado a las causas de resolución del contrato, aparecían la quiebra o la suspensión de pagos como causas de resolución automática del contrato. Dicha práctica era altamente perjudicial en situaciones de insolvencia, ya que, «de un plumazo» privaba a la empresa y a sus acreedores de valiosos activos contractuales, lo que podía llevarle fácilmente a una segura y ruinosa liquidación. Por ello mismo, la Ley Concursal ha declarado la ineficacia de dichas cláusulas.

El cambio ha sido tan grande que, una vez aprobada la Ley 22/2003, de 9 de julio, ha existido una importante oposición y/o inercia en la práctica a que desapareciesen del todo este tipo de cláusulas contractuales. Por eso, se han buscado algunas alternativas para intentar mantenerlas, aunque sea de forma indirecta.

Por poner un ejemplo, en las pólizas bancarias se han introducido causas de vencimiento anticipado del contrato, no por la insolvencia, sino porque se vea deteriorada la solvencia del cliente o existan dudas al respecto. Práctica que no nos parece adecuada, ya que es un claro fraude de ley a este precepto de la Ley Concursal²⁶. Por ello mismo, y por clarísima interpretación analógica, dada la total identidad de razón, tampoco consideramos válidas las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, pese a no estar expresamente incluidos en este precepto, al no ser contratos bilaterales.

Una cláusula que podría considerarse menos cuestionable, sería la que determine como causa de resolución del contrato, no la declaración del concurso, sino la apertura de la fase de liquidación. Sobre todo, porque contamos con el precedente de la disposición final 28ª de la Ley Concursal, que recoge una modificación en tal sentido del artículo 37 de la Ley de Contrato del Seguro (RCL 1980, 2295). Sin embargo, aunque con dudas, entendemos que tampoco estas cláusulas deberían considerarse válidas, ya que creemos que el artículo 37 de la Ley del Contrato de Seguro es una excepción al artículo 61.3 de la Ley Concursal, pero que no empece a que, como regla general, la apertura de la liquidación no debe provocar la resolución del contrato. Y la razón es bien simple, si los contratos pueden ser activos valiosos de la empresa, parece importante que esos activos puedan mantenerse en la fase de liquidación para intentar su venta a terceros y así permitir el pago por lo menos de las deudas contra la masa, y, en el mejor de los casos, de algo de los créditos concursales²⁷.

En todo caso, en la actual revisión que existe en curso de la Ley Concursal, existe un ejemplo de resolución por apertura de la fase de liquidación, aunque realmente se trata de un caso muy específico. Nos referimos al proyectado artículo 191 *ter* I. II de la Ley Concursal, que, para los casos de procedimiento abreviado por liquidación anticipada con oferta de compra, prevé que uno de los posibles

²⁶ Menos claro al respecto, aunque exponiendo muy bien el problema, BONARDELL LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», en AA VV, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal Homenaje al Prof. García Villaverde*, T. III., 2007, ppg. 1777-1778.

²⁷ Para ver la utilidad práctica de esta previsión vid. *Sjmerc* n. 1, Valencia 26/11/10.

efectos del auto de declaración de concurso, sea la resolución de los contratos que no estén ligados a la oferta efectiva de compra.

2. La resolución por incumplimiento

2.1. Reglas generales

La segunda gran especialidad que, para los contratos sinalagmáticos, establece la Ley Concursal (art. 62), es una regulación especial de la resolución por incumplimiento del concursado. Y es que, aunque es perfectamente lógico que, para favorecer los fines del concurso, se haya establecido el principio general del mantenimiento de estos contratos (art. 61 LC), lo cierto es que el no concursado no puede quedar prisionero de un contrato si no está siendo cumplido por el concursado.

En todo caso, queremos resaltar que el artículo 62 de la Ley Concursal no ofrece una regulación completa de las posibles resoluciones contractuales sobre los contratos en el concurso, *ya que si la resolución es sin incumplimiento se aplica el artículo 61.2 del citado texto legal*. Y que, a pesar de que se dice expresamente que está regulando la resolución contractual por el incumplimiento *de cualquiera de las partes*, lo bien cierto es que el caso que tiene más presente el precepto es de incumplimiento por parte del concursado, ya que en caso de incumplimiento por el no concursado existiría una obligación de restitución y de pago de daños y perjuicios que se integraría en la masa activa del concurso, de la que nada dice ni se infiere en el precepto.

Por otro lado, es importante recordar que la Ley sólo regula la resolución de los contratos sinalagmáticos en los que ambas partes tuviesen obligaciones pendientes de cumplimiento (art. 62 LC), no los del artículo 61.1, lo que no quiere decir que no sea posible ningún tipo de resolución por incumplimiento en estos casos.

En nuestra opinión, este vacío legal debe completarse de la siguiente forma: a) Si el que incumple es el no concursado, cabe acción de resolución por parte de la concursada; b) si el que incumple es el concursado, no cabe la resolución, sólo insinuar su crédito en la masa pasiva²⁸. La justificación de esta diferencia de régimen es muy clara y *se basa en las enormes diferencias que existen entre los principios que rigen la masa pasiva y activa de un concurso, mucho más rígidos las primeros y flexibles los segundos*.

Si el contratante *in bonis* es el no concursado, como la Ley determina que se incluya su crédito en la masa pasiva, parece lógico que lo único que se le permita sea la insinuación del crédito a la prestación que tenía derecho y que, obviamente, *sólo puede ya «cobrarse» en «moneda concursal» mediante su reconocimiento como crédito*

²⁸ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», en ADCo, 13/2008. pg. 59 ss.; MONSERRAT, «Efectos generales de la declaración...», cit. pgs. 81-83.

concurstal²⁹. Pero si el contratante *in bonis* es el concursado, la pertenencia a la masa activa de la obligación de cumplimiento de la contraprestación pendiente por el no concursado no está sometida a la *par condicio* sino a las más flexibles reglas que sobre la gestión de la masa activa contempla la Ley Concursal, y cuya finalidad es conseguir su maximización ya sea para aprobar un convenio o para liquidar. Por ello mismo, si finalmente el no concursado incumple o había incumplido con anterioridad a la declaración de concurso, es normal que la concursada pueda ejercitar con éxito todas las opciones que le permite el artículo 1124 del Código Civil, que van desde exigir el cumplimiento forzoso más daños hasta resolver el contrato más daños.

En cuanto a la estructura de la norma, se divide en cuatro apartados que a continuación veremos: i) resolución por causa anterior al concurso (2.1.1); ii) resolución por causa posterior (2.1.2); iii) posibilidad de enervar la resolución (2.1.3); y iv) efectos de la resolución (2.1.4).

2.1.1. Resolución por causa anterior a la declaración de concurso

En este caso, la Ley Concursal nos dice claramente que la resolución sólo es posible si estamos ante contratos de *tracto sucesivo*. Entendemos que la justificación de esta restricción se basa en considerar que si estamos en un contrato de tracto único, la parte que ha sufrido el incumplimiento lo que tiene es que, aplicando lo que dispone el artículo 61.1 de la Ley Concursal, insinuar su crédito en la masa activa o pasiva del concurso. O lo que es lo mismo si, por ejemplo, el incumplidor ha sido el concursado, el no concursado lo que tiene es un crédito a insinuar en la masa pasiva del concurso³⁰.

El gran problema práctico que plantea esta opción es qué pasa con la indemnización de daños y perjuicios derivada del incumplimiento del concursado (cfr. art. 1124 CC). ¿El hecho de que la Ley Concursal impida la resolución por incumplimiento en estos casos quiere decir que haya prohibido pedir al no concursado daños al concursado en estos casos? Por ejemplo, si el no concursado había pagado 300.000 € por una mercancía que el concursado no le entregó en plazo antes de la declaración de concurso, es evidente que los 300.000 € pagados forman parte del crédito que el no concursado tendría que insinuar en su masa pasiva. Pero en muchos casos se podrían pedir daños adicionales a los derivados del mero precio pagado o que el derecho a la restitución difiera del dicho precio

²⁹ Admitir sustituir dicho crédito a la contraprestación prometida, por un crédito a la restitución más los daños sufridos, supondría en la mayoría de los casos incrementar el crédito de estos acreedores concursales en detrimento de los otros que estén incluidos en la lista de acreedores. Como veremos, *infra* en el texto, diferente es el caso de los contratos con obligaciones pendientes por ambas partes, ya que en ellos, por aplicación del art. 61 LC, *el contrato sigue en vigor a efectos de ser rehabilitado (arts. 68 ss. LC)*, por lo que, aunque no pueda admitirse *strictu sensu* una acción de resolución, entendemos que sí se puede insinuar, en vez de el mero crédito a la contraprestación pactada, el crédito a la restitución más los daños y perjuicios sufridos (vid. en todo caso, *infra* en el texto).

³⁰ Vid. como ejemplo, AJmer Vizcaya 1/09/2005 (AC 2005, 1563) venta de cabezas de ganado que ya entregadas pero pagadas con pagarés que no se atienden.

pagado. Cantidades sobre las que, entendemos, el silencio de la Ley Concursal no debe interpretarse como que haya impedido su reclamación³¹.

En nuestra opinión, frente aquellos que postulan directamente hacer una interpretación correctora de la norma³², entendemos que una solución válida sería considerar que en estos casos lo que sucede es que el no concursado puede insinuar en el concurso no la contraprestación prometida por el concursado y no cumplida (art. 61.1 LC), sino su derecho a la restitución como obligación de hacer concursal (esto es, que se cobra en equivalente pecuniario concursal) más los daños y perjuicios sufridos, también con la calificación de crédito concursal. Todo ello porque, a diferencia de lo que sucede en los casos del artículo 61.1 de la Ley Concursal, a pesar de estar incumplido, estos contratos de tracto único con obligaciones pendientes por ambas partes *siguen en vigor después de la declaración de concurso*. Por ejemplo, a efectos de una posible rehabilitación si se dan sus presupuestos (arts. 68 -69, 155 LC) y que enerve la *exceptio inadimpleti contractus* con la que el no concursado puede negarse a cumplir su parte. Y es que no es lo mismo un acreedor sinalagmático del artículo 61.1 de la Ley Concursal, que uno del artículo 61.2, ya que el segundo sufre unas restricciones que el primero no soporta, por lo que se puede justificar que esté sometido a un trato diferente. Una vez más, el principio de compensación de sacrificios demostraría su eficacia exegética para resolver los difíciles problemas interpretativos que presentan estas normas.

Desde un punto de vista procesal, este derecho entendemos que podría ejercitarse por dos vías, además, no excluyentes: La primera, sería que el no concursado incluya en su insinuación de créditos su crédito a la restitución y la cantidad de daños y perjuicios que prudencialmente la parte que ha sufrido el incumplimiento considerase se le debe, y si la administración concursal no la reconoce en su Informe, proceder a la impugnación vía los trámites del incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores. Y la segunda, admitir la posibilidad de un incidente concursal específico, no para resolver el contrato (ex art. 62 LC), sino sólo para determinar la indemnización de daños y perjuicios y el equivalente pecuniario del crédito a la restitución. Esta última solución nos parece la más adecuada, porque permite dirimir la determinación de daños en un cauce y momento procesal más oportunos. Aunque en realidad, no estamos ante soluciones excluyentes, ya que si *ex ante* no se utilizó el incidente concursal para cuantificar daños y obligación de restitución, consideramos que nada impediría hacerlo *ex post* si no es reconocido en la lista de acreedores, vía impugnación del crédito³³.

³¹ Conf. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Art. 62», cit. pg. 1165.

³² De forma extensa, abogando claramente por una interpretación correctora de la norma, en el sentido de permitir la resolución por incumplimiento en los contratos de tracto único por incumplimiento anterior, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Consideraciones en torno a la resolución...», cit. pg. 65 ss... Para una magnífica exposición de la posición contraria que negaría cualquier tipo de resolución o insinuación de daños y restitución, MONSERRAT, «Los efectos generales de la declaración...», cit. pg. 101.

³³ Una vía un tanto peculiar para resolver este importante problema es la seguida por la SJMerc Madrid, núm. 6, sentencia de 19 abril 2010. (AC 2010, 1012), que consideró que *la LC permite la resolución por incumplimientos anteriores en contratos de tracto único si es de común acuerdo*

De todos modos, no podemos dejar de resaltar que, en nuestra opinión, éste es un tema que no fue bien resuelto por la Ley Concursal, ya que hubiera sido preferible permitir la resolución en estos casos para poder determinar correctamente los daños y perjuicios causados e incluso poder discutir si efectivamente hubo o no incumplimiento resolutorio o no. Además, cualquier reticencia sobre la observancia la *par condicio* se podría haber salvado con una previsión expresa que calificase tanto las obligaciones de restitución como de indemnización a cargo del concursado como créditos ordinarios, en coherencia, por otro lado, con el principio recogido en el artículo 62.4 de la Ley Concursal.

Para finalizar, nótese que, como en principio parece que el precepto se aplica tanto para la resolución por incumplimiento del concursado como del no concursado (cfr. art. 62.1 LC), la exclusión de la resolución por incumplimiento anterior al concurso en contratos de tracto único llevaría al absurdo de que, en los casos de incumplimiento del no concursado no podría la concursada resolver el contrato por incumplimiento, perdiendo la masa la hipotética indemnización de daños y perjuicios a la que tendría derecho. Conclusión que, en este caso, simplemente debemos de rechazar por absurda y contraria a los fines del procedimiento concursal, admitiendo sin más la posibilidad de hacerlo aunque la literalidad del precepto parezca llevarnos a la solución contraria³⁴.

Esta norma determina que tenga una gran importancia la calificación del contrato como de tracto único o de tracto sucesivo, cuestión que no siempre es fácil, como

entre las partes. Utilizando, además, el incidente para homologar concursalmente dicha resolución, para determinar los daños y perjuicios generados. Como dice la sentencia: «Tal pretensión, así formulada debe ser desestimada parcialmente. Y ello porque bajo tal redacción resulta que lo pedido por el demandante choca con lo dispuesto en el art. 62.1 LCo, en cuanto priva al acreedor in bonis [en obligaciones de tracto único, aunque de ejecución prolongada, como la presente] de la facultad resolutoria por causa de incumplimientos anteriores a la declaración concursal; y ello: 1.- porque admitida por las partes la realidad del incumplimiento de elemento esencial del contrato, cual era la entrega de la obra finalizada y el plazo para su finalización, resulta que nos encontramos ante un incumplimiento obligacional por la concursada claramente anterior a la declaración concursal; y 2.- porque reconocido y admitido por las partes la existencia de incumplimiento en el demandante en su obligación de pago del precio [reconoce el demandante adeudar a la concursada más de dos millones de euros], así como acreditado el incumplimiento por la actora del pago de los intereses moratorios pactados en el Acuerdo liquidativo de la obra y de los plazos para su abono, debe concluirse que dicha parte no se encuentra legitimada para instar la resolución por incumplimiento por declaración unilateral del acreedor ni pretender judicialmente la misma.

Ahora bien, conformes las partes en resolver el contrato y resultando ello beneficioso para el concurso, procede tener por resuelto el mismo por el cauce de la resolución convencional [admitida jurisprudencialmente como manifestación del principio de la autonomía de la voluntad], por incumplimientos de la concursada anteriores a la declaración concursal, con efectos resolutorios desde el 21.1.2009». Aunque entendemos que la decisión del Juzgado estuvo muy mediatizada por las circunstancias del caso, en las que el efecto de la sentencia era conseguir para la masa activa del concurso una importante cantidad, lo cierto es que como solución general nos parece criticable, ya que va contra el tenor literal del art. 62. 1 LC, y tampoco parece incluíble en el art. 61. 2 LC, que regula el supuesto de resolución sin causa, razón por la que dicho art. 61. 2 LC estipula que tanto los daños y perjuicios como la obligación de restitución tienen la condición de deuda contra la masa. Calificación que en estos casos voluntarios de resolución por incumplimiento, sería manifestamente incorrecta y contraria a los principios contenidos en el art. 62. 4 LC.

³⁴ Conf. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Art. 62», pg. 1164.

lo demuestran, por ejemplo, los casos de contratos de arrendamiento de obra (que parece de tracto único, aunque con algunas prestaciones aplazadas) o de compraventa de vivienda a promotoras sobre plano (que es más claro ser de tracto único con prestaciones aplazadas)³⁵. Además, ha generado una cierta «picaresca procesal» a la hora de intentar forzar la interpretación para convertir en contratos de tracto sucesivo a lo que no eran tales³⁶.

2.1.2. Resolución por causa posterior a la declaración de concurso

Si la causa es posterior, la Ley Concursal permite la resolución en todo tipo de contratos, tramitándose su declaración en el correspondiente incidente concursal. Un tema práctico importante, aunque no exclusivo de este tipo de incidentes, es que el carácter mixto entre el juicio ordinario y el verbal que tiene el incidente concursal, provoca que juicios de resolución que pueden ser de una importante complejidad tanto jurídica como probatoria, se vean encorsetados en una vista en la que la admisión de prueba se va a realizar en dicho acto, sin que las partes puedan saber con carácter previo muchos de los elementos probatorios que van a ser objeto de discusión en la vista. Es decir, que el incidente concursal, que se pudiera adaptar bien para otros casos, en las resoluciones quizás queda un poco escaso para la complejidad, sobre todo probatoria, que pueden llegar a tener estos supuestos³⁷.

2.1.3. Posibilidad de enervar la resolución

A pesar de que ningún no concursado debe quedar prisionero de un concursado incumplidor del contrato, lo cierto es que la protección de los fines del concurso parece suficiente para justificar que se le conceda en el artículo 62.3 de la Ley Concursal un especial término de gracia o cortesía que trae causa del genérico que contiene el artículo 1124 del Código Civil, aunque con determinadas especialidades.

Esta norma ha demostrado una enorme importancia práctica, ya que «el premio» de convertir en deudas contra la masa todas las cantidades debidas supone un importante elemento para buscar la aplicación de la norma³⁸.

³⁵ Para una escueta y muy clara distinción entre los contratos de tracto único de los de tracto sucesivo vid. BONARDELLI LENZANO, R., «Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», en AAVV, *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal Homenaje al Prof. García Villaverde*, T. III., 2007, pg. 1774.

³⁶ Muy significativo en este sentido es el Caso Copinsa, donde las distintas entregas de mercancía entre proveedor y cliente se intentaron, sin éxito, hacer pasar por un contrato de suministro (SAP Mur 10/03/2006 [JUR 2006, 141102]; SAP Mur 3/03/2006 [AC 2006, 490]).

³⁷ Para un análisis de los aspectos procesales de esta norma, FUENTES DEVESA, R., «Cuestiones procesales de la resolución de los contratos en el concurso», en *RCP*, 10/2009, pg. 207-ss.

³⁸ SAP Valencia 7/7/2010 (JUR 2010, 355736). Contrato de obra ejecutado al 82% se concede el término de gracia. Lo que no impide que, si se incumple con posterioridad, se pueda aplicar 62 LC; AP Córdoba (Sección 3ª), sentencia núm. 98/2010 de 24 mayo (JUR 2010, 350259). Caso interesante que dice que sólo se puede ejercitar esta facultad si existe masa para pagar al no concursado, sino se daría un término de gracia imposible de cumplir.

Como se ve en el precepto, la clave para interpretar esta norma se encuentra en la adecuada comprensión de cuándo se puede decir que está justificado por el «interés del concurso» enervar la resolución. En coherencia con lo que hemos defendido a lo largo de este escrito, será «interés del concurso» no sólo la posible utilidad de dicha enervación para la continuidad de la empresa, sino incluso para la generación de liquidez para que se puedan pagar todas o algunas deudas contra la masa, a pesar de que la concursada se encuentre abocada a la liquidación o esté incluso en liquidación. O también el mantenimiento del contrato como elemento necesario para alguna solución de venta de activos en fase de liquidación.

En todo caso, como se verá cuando hablemos de los contratos de suministro eléctrico, aunque ha sido muy discutido, en nuestra opinión, si el Juez decide enervar la causa de disolución, la contraprestación que debe tener el no concursado es el reconocimiento como deuda contra la masa de todas las cantidades debidas, sean o no anteriores a la declaración de concurso, siempre y cuando, obviamente, el incumplimiento tenga relevancia para considerarlo conforme a derecho en una resolución contractual³⁹. Es decir, una vez más, nos oponemos a interpretar de forma restrictiva el precepto.

Por otro lado, todo ello tendrá como límite último el que exista masa suficiente para que el no concursado pueda cobrar sus prestaciones, ya que en caso contrario se estaría exigiendo al no concursado seguir trabajando para un concursado aún a sabiendas de que no va a cobrar⁴⁰.

2.1.4. Efectos de la resolución

Una vez acordada la resolución, se producen los efectos que recoge el artículo 62.4 de la Ley Concursal. Esta norma ha provocado innumerables problemas interpretativos, sobre todo en la doctrina⁴¹, pero que entendemos que pueden ser aclarados, si se atiende a los principios que rigen la materia. En este caso, sobre todo, que el principio de compensación tampoco puede llevar a privilegiar de forma excesiva a los acreedores afectados por los efectos del concurso sobre los contratos. En nuestra opinión, esta norma obliga a distinguir las *res certa* de las *res incerta*:

Entre lo que parece claro, es que la norma distingue entre obligaciones vencidas y pendientes de vencimiento a la fecha de resolución del contrato, señalando que las segundas quedan extinguidas por el efecto de la resolución. Con respecto a las obligaciones ya vencidas distingue: a) si el incumplimiento de la obligación concreta fue anterior a la declaración de concurso, tiene la consideración de deuda concursal; b) si el incumplimiento de la obligación concreta se produjo

³⁹ Estamos de acuerdo con la AP Córdoba (Sección 3ª), sentencia núm. 98/2010 de 24 mayo (JUR 2010, 350259). Trata esta cuestión, *in extenso* defendiendo de una forma muy convincente la interpretación sostenida en el texto, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos...», cit. pg. 95 ss. Id. GÓMEZ MENDOZA, «Prestaciones anteriores al concurso...», cit. pg. 131.

⁴⁰ Conf. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Art. 62», cit. pg. 1169.

⁴¹ Muy extenso y documentado, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Consideraciones en torno...», cit. pg. 73 ss.

con posterioridad, será contra la masa. Es muy interesante resaltar que, en contra del criterio generalizado que suele tener la Ley Concursal, que es el criterio del nacimiento de la obligación, para las obligaciones vencidas es la fecha del incumplimiento de la obligación y no la de nacimiento de la misma, la que determina la calificación de crédito concursal ordinario o contra la masa de la misma. Aclarado lo esencial, se imponen las precisiones:

La primera, y quizás más importante, es qué pasa con el crédito a la restitución. La Ley Concursal parece haber olvidado que uno de los efectos de la sentencia de declaración de resolución contractual, es la devolución de prestaciones. Esto es, que el derecho que tiene la parte no incumplidora al cumplimiento forzoso del contrato, se transforma en la devolución recíproca de prestaciones más daños y perjuicios. Por ello mismo, aplicando las normas antes dichas, como ese crédito nace con la sentencia, al ser posterior a la declaración del concurso, debería ser contra la masa incluso debiendo deshacerse las obligaciones del contrato ya cumplidas por ambas partes.

Sin embargo, esta interpretación literal no puede mantenerse. En primer lugar, porque dejaría vacío de contenido el precepto, ya que cualquier obligación vencida e incumplida antes del concurso, en realidad, se convierte en un crédito a la restitución, con lo que *nunca habría deudas concursales, lo que es absurdo*. Por ello mismo, entendemos que la obligación de restitución debe tener sólo efectos *ex nunc*. Esto es, las prestaciones ya cumplidas por ambas partes no se verán afectadas, y el crédito a la restitución tendrá a prorrata la misma naturaleza que las obligaciones incumplidas a las que viene a sustituir. Si éstas se incumplieron antes de la declaración de concurso, serán concursales y si fueron posteriores, contra la masa. Con lo que, sólo si toda la obligación a la restitución fuera contra la masa, sería posible su cumplimiento *in natura* y no por equivalente pecuniario de la misma.

No compartimos la posición que considera que el artículo 62.4 de la Ley Concursal es sólo de aplicación a los contratos de tracto sucesivo y no a los contratos de tracto único⁴². Dado que no se admite la resolución en incumplimientos anteriores a la declaración de concurso, y dado que para que se aplique el precepto ambas partes tienen que estar pendientes de cumplimiento; es obvio que la norma será sólo de aplicación cuando estemos ante un contrato de tracto único con prestaciones fraccionadas *incumplido por el concursado después de la declaración de concurso*. La duda, en realidad, es si aplicar o no el efecto *ex nunc* a los pagos fraccionados. Y la respuesta tiene que ser negativa, porque el hecho de que la obligación esté fraccionada no quiere decir que tenga autonomía propia como sucede por contra y, por ejemplo, con los contratos de suministro. Por ello mismo, identificado el incumplimiento resolutorio *después* de la declaración de concurso, toda la obligación, también la parte ejecutada con anterioridad a la declaración de concurso, se convierte en contra la masa.

⁴² MARTÍNEZ FLÓREZ, «Consideraciones en torno», cit. pg. 82 ss.

Por poner el ejemplo que cita la doctrina de una compraventa de una enciclopedia a plazos adquirida por el concursado. Supongamos que son 10 fascículos y se encuentran entregados y pagados 3 antes de la declaración de concurso, y pagados pero no entregados 2, y faltan por entregar, después de la declaración, 5, que tampoco se han pagado. Como el incumplimiento del concursado, (el pago de los 5 restantes) es posterior a la declaración de concurso y, a diferencia de los contratos de tracto sucesivo, la obligación está fraccionada con lo que no se puede decir que cada una de las entregas tenga autonomía propia; el no concursado, si resuelve el contrato, tiene derecho a recibir contra la masa la restitución de los libros entregados, devolviendo las cantidades cobradas, sin que haya efecto *ex nunc*. Todo ello, aparte de los daños y perjuicios que puedan ser reclamados al entablar la acción resolutoria⁴³. Cosa distinta es que el concursado y la administración concursal puedan ejercitar su derecho y obligar a continuar el contrato garantizando como deudas contra la masa el cumplimiento de las entregas de los libros (art. 62.3 LC). O que incluso pueda convenir al concurso el ejercicio de la resolución, porque puede devolver unos ejemplares de la enciclopedia que no le sirven para nada. Pero ello no se verá obstaculizado por la distinción entre incumplimientos anteriores y posteriores que contiene el (62.4 LC), ya que no es aplicable a las obligaciones fraccionadas propias de los contratos de tracto único a los que se aplica el precepto (sólo los pendientes de cumplimiento por ambos incumplidos después del concurso), que siempre se considerarán incumplidas con posterioridad en su totalidad y, por tanto, tendrán la consideración total de deuda contra la masa.

Pensemos, además, en el caso del concurso de las promotoras⁴⁴. El cliente compró sobre plano, y ha fraccionado su obligación de pago por medio de una serie de letras. Si la constructora incumplió su obligación de entrega antes de la declaración de concurso, su crédito será concursal, y si incumplió con posterioridad, será contra la masa. El hecho de que haya habido pagos fraccionados devengados y pagados con anterioridad a la declaración de concurso es irrelevante, porque lo importante es la fecha del incumplimiento de la obligación del concursado. Por ello mismo, y aunque es cierto que el contrato de obra también es de ejecución fraccionada, sería absurdo distinguir entre las certificaciones de obra ya cumplidas antes de la declaración de concurso y las incumplidas con posterioridad para dar calificación concursal a los pagos fraccionados efectuados con anterioridad a la declaración de concurso y sólo contra la masa a los efectuados después de la declaración del mismo.

Siguiendo con los efectos recogidos en el art. 62.4 Ley Concursal, un problema parecido sucede con el crédito al resarcimiento de daños; ya que no se establece expresamente qué naturaleza tiene, si ordinaria o contra la masa. En nuestra

⁴³ Por otro lado, si existiesen incumplimientos parciales anteriores a la declaración de concurso, como ya indicamos con anterioridad, en puridad no cabrá resolución, sino la posibilidad de: o insinuar el crédito a la contraprestación pendiente; o el crédito a la restitución más daños. Obligaciones que, las que son de hacer, si finalmente se fuese a liquidación, deberían ser cumplidas por un equivalente pecuniario y con carácter concursal.

⁴⁴ Vid. al respecto, *infra* en el texto.

opinión, lo más sencillo sería considerar que todo es contra la masa, aunque lo más correcto, en los casos en que se pueda, sería hacer una prorrata entre los daños sufridos antes de la declaración de concurso y posteriores, dando a cada uno la condición de concursual ordinario y contra la masa⁴⁵.

Para finalizar, y en cuanto a los efectos *ex nunc* otra duda que se plantea es si las obligaciones vencidas pero no cumplidas ni por el concursado ni por la contraparte, pueden considerarse también extinguidas por efecto de la acción de resolución. Por ejemplo, en un contrato de suministro de bobinas de acero para una fábrica de coches que es declarada en concurso y va a liquidación. Parece lógico pensar que las bobinas entregadas y pagadas antes de la declaración de concurso deben considerarse simplemente parte del activo de la concursada. Pero qué sucede si, ante los impagos de la concursada, la empresa suministradora dejó de entregar las bobinas en base a la *exceptio inadimpleti contractus*. Desde la literalidad del precepto, parece que, como el contrato sigue vigente, el suministrador de bobinas debería entregar éstas confiando en que cobrará contra la masa (cfr. 61.2 LC). En nuestra opinión, no creemos que deba defenderse que estas obligaciones, sin más, dejan de ser exigibles como si sucede con las que vencen con posterioridad a la fecha de resolución. Si al concurso le interesa su cumplimiento, tiene la posibilidad de exigir las y el no concursado sólo podrá oponerse a ello con éxito si demuestra que la masa es insuficiente para hacerlas frente (que es el margen en el que creemos puede utilizarse la *exceptio inadimpleti contractus* en sede concursal). Cosa distinta es que, por acuerdo entre las partes, o incluso por decisión judicial, se convenga en que los efectos de la resolución se retrotraigan a este tipo de obligaciones, exonerando recíprocamente a las partes de su cumplimiento; pero entendemos necesaria una declaración expresa al respecto. En nuestro ejemplo, dado que la empresa de automóviles va a liquidación, no tendría mucho sentido el cumplimiento de dichas entregas, y muy probablemente las partes llegarán a un acuerdo voluntario de no exigir las, pero dicho acuerdo debería contemplar expresamente este extremo, que no puede darse por sobreentendido.

Como veremos a continuación, la Ley Concursal ha dejado demasiadas cuestiones a la interpretación, lo que ha provocado en la práctica importantes problemas y diversidad de opiniones y decisiones jurisprudenciales.

2.2. *El problema de los contratos de suministro eléctrico*

Un primer problema que se ha planteado bastante en la práctica ha sido el de los contratos de suministro eléctrico, donde algunas compañías suministradoras han pretendido resolver los contratos para conseguir que, si el concursado quería seguir teniendo suministro eléctrico pidiese la enervación ex artículo 62.3 de la Ley Concursal y así conseguir que tanto las cantidades impagadas antes como después de la declaración de concurso tengan que ser calificadas como contra la masa⁴⁶.

⁴⁵ Se inclina por esta última posición, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Art. 62», cit. pg. 1172; MONSERRAT, «Los efectos generales de la declaración...», cit. pg. 112.

⁴⁶ Trata esta cuestión, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Consideraciones en torno...», cit. pg. 112 ss.; JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», en ADCo, 13/

Frente a ello, la jurisprudencia ha tomado varias posiciones. Algunos se han centrado en que el incumplimiento, al ser de pocos recibos, no tenía entidad suficiente para fundamentar la resolución solicitada⁴⁷. Mientras que otras sentencias han aceptado la resolución, pero no que todo se convierta en contra la masa⁴⁸. Y también existe jurisprudencia que defiende que todo es contra la masa (SAP de Barcelona de 13 de septiembre de 2006 [JUR 2008, 104351], modificando la SJM de 21 de julio de 2005 [JUR 2005, 279370]⁴⁹; ambas, muy bien argumentadas)⁵⁰.

Partiendo de que, ciertamente estamos ante un supuesto discutido y discutible, en nuestra opinión la mejor solución es la que considera que todo el crédito, incluido el anterior a la declaración de concurso, tiene el carácter de crédito contra la masa⁵¹. Lo que finalmente late en esta jurisprudencia es una cierta idea de leve fraude de Ley por parte de las compañías suministradoras en la búsqueda de convertir deuda concursal en contra la masa. Sin embargo, la forma de atajar los fraudes es la utilizada por la jurisprudencia que hemos citado de que, en los contratos de tracto sucesivo, el mero incumplimiento de una o dos mensualidades, no puede entenderse que tenga entidad suficiente para considerarlo como incumplimiento con entidad resolutoria del contrato. Si no estamos en este caso, es decir, que tenemos varios recibos ya impagados, ciertamente nos parece poco equitativo que se exija al no concursado quedar prisionero de un contrato que ha sido incumplido, sin recibir a cambio por lo menos la rehabilitación del contrato a cuyo mantenimiento se ve compelido por el Juez.

2008, pg. 115 ss.; GÓMEZ MENDOZA, M., «Suministro y concurso: Algunas cuestiones polémicas», en RCP, 8/2008, pg. 369 ss.

⁴⁷ SJMER VLG 1 14/07/2005 (AC 2005, 1301) (aunque esta sentencia declara luego como contra la masa todo el crédito). SJMER Mad 15/04/2005 (AC 2005, 839).

⁴⁸ Interpretación sistemática (SJmer Cord 8/9/2005 (AC 2005, 1715). Interpretación favorable al concurso (SJmer Bna 2 21/07/2005 [JUR 2005, 185515]). SAP Mur 21/07/08 (JUR 2008, 344221). SAP Sevilla 9/12/08 (JUR 2009, 175679).

⁴⁹ PRIMERO. Y si bien la cuestión es discutible y existen argumentos que amparan una y otra tesis, entiendo que ha de prevalecer la interpretación más favorable al interés general del concurso, interpretación que es más acorde con el espíritu y finalidad de la norma (artículo 3 Código Civil [LEG 1889, 27]). En efecto, no parece que el propósito del Legislador haya sido el alterar las reglas sobre calificación de los créditos y el principio general de reservar la categoría de crédito contra la masa a aquellos generados con posterioridad a la declaración del concurso (artículo 84). El crédito de la demandante, ni por su naturaleza ni por la condición del acreedor, merece, en principio, especial protección, por lo que no estaría justificado el trato privilegiado que para sí reclama la actora. Por otro lado el artículo 62,3^o sí concede un plus de protección al acreedor con contrato incumplido y que se ve obligado a soportar la vigencia del contrato. En efecto, las prestaciones del concursado no sólo tienen la consideración de crédito contra la masa, sino que deben abonarse «con cargo» a la masa. La norma, por tanto, presupone que el cumplimiento forzoso en interés del concurso sólo puede mantenerse en tanto en cuanto existan bienes bastantes en la masa activa para afrontar, puntualmente, las prestaciones que corresponden al concursado. El actor, por tanto, no concurre, sin más, con el resto de acreedores contra la masa, sino que tiene garantizado el cobro de aquellas facturas vencidas después de la declaración del concurso. La interpretación que se defiende tiene encaje en el tenor literal de la norma. Y como muy bien ha expuesto la administración concursal, de aceptarse la tesis que sostiene el actor, proliferarían los créditos contra la masa, con la consiguiente alteración del sistema de reconocimiento de créditos diseñado por la Ley —piénsese, por ejemplo, en todos los contratos de suministro de material—.

⁵⁰ Defiende la primera tesis, JUAN Y MATREU, «Los contratos de suministro...», cit. pg. 148.

⁵¹ Conf. GÓMEZ MENDOZA, «Suministro y concurso...», cit. pg. 377.



A pesar de que la actual Ley Concursal ha pervertido de forma muy importante la antigua idea de que las deudas contra la masa son las necesarias para el funcionamiento del proceso o de la empresa concursada, no parece baladí recordar que si la empresa eléctrica no proporciona el suministro, muy difícilmente se puede continuar con la empresa, por lo que parece justificada su calificación como deuda contra la masa. Es decir, no nos parece convincente realizar una interpretación restrictiva de esta norma, porque uno de los grandes problemas prácticos que tiene la difícilísima continuación de la actividad de una empresa en concurso es generar confianza a los proveedores y clientes para que sigan contratando con la misma.

Y no se nos negará que los suministradores trabajan mejor si toda su deuda es contra la masa, dado que, además, deben de seguir trabajando con el concursado *de forma obligatoria*. Por otro lado, no se entendería por qué el 61.2 de la Ley Concursal, al hablar del mantenimiento del contrato, reconoce que todo crédito es concursal, y una situación más grave todavía que es el mantenimiento del contrato a pesar de la existencia de un incumplimiento resolutorio; la compensación al no concursado sería más exigua que en el primer caso. A sacrificio mayor (art. 62.3 LC), por lo menos, compensación igual (art. 61.2 LC), de acuerdo con el principio de compensación de sacrificios.

2.3. *El problema de los clientes de las promotoras*

Este ha sido uno de los problemas prácticos más tratados en esta materia y que realmente ha provocado una avalancha de decisiones jurisprudenciales, como se puede imaginar, de todo signo. En realidad, más que un problema, lo que ha habido son dos: El primero, el de que muchas promotoras han entrado en concurso, y han dejado sin cumplir las ventas sobre plano hechas de clientes que efectivamente querían sus pisos. Y, el segundo, que por la propia «burbuja inmobiliaria», muchos clientes que compraron como inversión sobre plano y a precios anteriores a la burbuja, se han visto atrapados en compras que ya no les interesan y han intentado salir de ellas de todas las formas posibles. Normalmente alegando incumplimientos más o menos reales para forzar la resolución del contrato. Como se entenderá, no podemos entrar en detalle en todos los aspectos de esta rica cuestión. Simplemente nos conformaremos con dar las líneas básicas que parecen estar consolidándose jurisprudencialmente, y que estén directamente relacionadas con nuestro objeto de estudio y en el caso típico de que el comprador tiene aplazadas cantidades de pago del precio de su vivienda.

Así tenemos las siguientes ideas:

- * Los contratos de compraventa sobre plano son contratos con obligaciones recíprocas, por lo que es de aplicación el artículo 61 de la Ley Concursal. Pero no son contratos de tracto sucesivo sino de tracto único con prestaciones aplazadas⁵².

⁵² Conf. MARTÍNEZ SANZ, F., «Concurso de promotoras inmobiliarias y contratos de adquisición de viviendas pendientes de ejecución», en RCP, 13/2010, pg. 92.

* Si el concursado sigue con la Promoción y no ha incumplido el contrato, el no concursado debe seguir cumpliendo con los pagos aplazados, ya que el contrato sigue vigente⁵³.

Un problema importante es si, en estos casos, el no concursado debe o no insinuar su crédito. En la práctica muchas Promotoras en concurso, con la anuencia de algunos Administradores Concursales, han notificado a los clientes su obligación de insinuarse y el carácter ordinario de su crédito. Sin embargo, esto es un error. El cliente no tiene ninguna obligación de insinuarse⁵⁴. En todo caso, y si se tiene miedo a ser considerado como no insinuado, o si se recibe una notificación interpretando que existe dicha obligación y con la calificación de ordinario, una forma de proceder es insinuarse pero como crédito contingente y con la calificación de contra la masa. De todos modos, debe quedar claro que, como el contrato no se ha incumplido, la única posibilidad de pasar a ser acreedor sería que existiese un incumplimiento posterior a la declaración de concurso, que determinaría la calificación de dicho crédito como crédito contra la masa (art. 62.4 LC).

* Si el contrato estaba incumplido antes de la declaración de concurso y no había sido reclamado. No cabe ya resolver el contrato. Además, tanto si se reclamó previamente o, posteriormente a la declaración del concurso la resolución contractual, el crédito del cliente tiene la condición de concursal ordinario⁵⁵. A favor de este criterio, a mayor abundamiento, hay que recordar que en la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal se rechazó una enmienda propuesta por *Convergència i Unió (CIU)* que regulaba expresamente el tema de las Promotoras. Por lo que no se puede decir que este tema no hubiese sido tenido en cuenta por el Legislador, sino que intencionadamente

⁵³ Sigue esta posición: Sjmer 1 Bilbao 21/09/09 (JUR 2009, 424448). Aunque no es lo habitual en la práctica, como señala MARTÍNEZ SANZ, «Concurso de promotoras...», cit. 92-93, si el comprador ha cumplido ya totalmente con su obligación de pago al no existir obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, la única vía que tendría es insinuar su crédito en el concurso como ordinario. Cuestión que sucederá también en los contratos de permuta de suelo por obra. JMerc Madrid, núm. 6, sentencia de 23 abril 2010 (JUR 2010, 261753). Una cuestión interesante es la que señala ENCISO ALONSO-MUNUMER, M., «Crisis de constructoras e inmobiliarias y protección de los compradores», en RCP, 12/2010, pg. 133; quien señala que el hecho de que no se pueda resolver el contrato, no impediría que, si se pactaron arras, el comprador pueda desligarse del contrato perdiéndolas.

⁵⁴ JMerc Bilbo (Vizcaya), núm. 1, sentencia núm. 591/2009 de 21 septiembre (AC 2009, 2026). JMerc Bilbo (Vizcaya), núm. 1, sentencia núm. 591/2009 de 21 septiembre (AC 2009, 2028).

⁵⁵ P. ej. Sjmer Alicante 15/07/09 (JUR 2009, 301281). (Pero considera, erróneamente, que cabe resolución ex. Art. 62 LC. Por ello se plantea 84.2.6 LC). Caso de contrato de permuta: JMerc Oviedo (Asturias), núm. 1, sentencia de 26 marzo 2010 (JUR 2010, 152683). Martinsafadesa. JMerc A Coruña, núm. 1, sentencia núm. 144/2010 de 8 marzo (JUR 2010, 132122). Solución correcta en compraventa: JMerc Pontevedra, núm. 1, sentencia de 26 abril 2010 (AC 2010, 1185). JMerc Alicante, núm. 1, sentencia de 19 octubre 2009 (AC 2010, 680). Con buena argumentación legal: JMerc Alicante, núm. 1, sentencia núm. 125/2009 de 15 junio (AC 2009, 1647). JMerc Alicante, núm. 1, sentencia núm. 54/2009 de 25 febrero (AC 2010, 815).

se quiso que fuese regido por las reglas generales. No obstante, como hemos señalado con anterioridad, entendemos que nada impediría iniciar un incidente concursal para la determinación de los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento, eso sí, siendo su naturaleza la de crédito concursal ordinario⁵⁶. O incluso insinuar el comprador de vivienda cuyo promotor incumplió antes de la declaración de concurso no sólo el crédito sino también los daños sufridos, siempre con la naturaleza de crédito concursal ordinario.

* Si hay incumplimiento posterior a la declaración de concurso, *todo*⁵⁷ la deuda del cliente de la promotora tiene la condición de contra la masa. Aunque ha existido algunas dudas en la jurisprudencia, esta es la única solución que se desprende del juego de los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal⁵⁸.

* No compartimos la interpretación jurisprudencial que considera que la facultad del artículo 62.3 de la Ley Concursal, no sería de aplicación a este tipo de supuestos, por ser aplicable sólo a contratos de tracto sucesivo⁵⁹, ya que la continuación de los contratos de compraventa puede ser esencial para la continuidad de la Promotora en concurso. Por ello, si se sigue la cautela que hemos señalado anteriormente de que sólo se puede ejercitar *si existe masa suficiente para que la construcción de las viviendas continúe* (art. 62.3 LC), entendemos que el sacrificio que se exigiría a los compradores de viviendas estaría más que justificado frente a los beneficios obtenidos en el concurso, que sería seguir teniendo los ingresos de los pagos aplazados de dichos compradores. Creemos firmemente que no es posible defender soluciones de «justicia material» en contra del tenor legal. Y por intentar dar una «puerta de salida», a los compradores atrapados por la «burbuja inmobiliaria», restringir el uso de una norma tan importante como el artículo 62.3 de la Ley Concursal.

* Otro tema muy importante, y cuyo tratamiento excede del objeto de este trabajo, es el de los avales que existen en estas operaciones. Muy brevemente, simplemente señalar que, en nuestra opinión, esta materia refuerza la necesidad de considerar que, pese al artículo 62.1 de la Ley Concursal, debe permitirse con límites algún tipo de acción resolutoria de efectos limitados incluso para contratos de tracto único con incumplimiento anterior a la declaración

⁵⁶ Conf. FRIGOLA RIERA, A., «El adquirente de vivienda ante el concurso inmobiliario», GARCÍA-CRUCES, J.A., (dir.), *Crisis Inmobiliaria y Derecho concursal*, 2009, pg. 182-183.

⁵⁷ Esto es, la obligación de restitución, más la de daños y perjuicios, independientemente de las fechas en que se haya devengado. Conf. MARTÍNEZ SANZ, «Concurso de promotoras...», cit. pg. 97.

⁵⁸ AP Valencia (Sección 9ª), sentencia núm. 198/2010 de 5 julio. (JUR 2010, 349579). Menos clara AP Valencia (Sección 9ª), sentencia núm. 172/2010 de 10 junio (JUR 2010, 312948). J Merc Bilbo (Vizcaya), núm. 1, sentencia núm. 987/2009 de 30 diciembre (JUR 2010, 102253). Aclarado esto, lo que no parece defendible interpretaciones tan extensivas de que el incumplimiento fue posterior a la declaración de concurso, como hace la JMerc Bilbo (Vizcaya), núm. 1, sentencia núm. 540/2009 de 30 julio (AC 2009, 1955).

⁵⁹ SJMer nº 1 La Coruña, 15 Julio 2009. Tomamos la referencia de esta sentencia de MARTÍNEZ SANZ, «Concurso de promotoras...», cit. pg. 98.

de concurso, ya que, por ejemplo, en este caso, pueden proporcionar una «excusa legal» a los garantes para intentar negar su obligación de pago. Y la segunda, es que tanto en los avales como en los seguros de caución nos inclinamos por pensar que el garante que finalmente paga, se subroga en la posición que tuviese el comprador de vivienda concreto (crédito concursal ordinario, contra la masa, o incluso subordinado en casos de personas especialmente relacionadas)⁶⁰.

Para finalizar, en este somerísimo repaso del estado de esta cuestión, queremos resaltar que la «plaga de resoluciones contractuales» más o menos cuestionables que han interpuesto los clientes de las promotoras que compraron como inversión antes de la burbuja a la que hicimos referencia al comienzo de este apartado, aparte de estar abocadas al fracaso (obviamente, si no han existido incumplimientos resolutorios por la Promotora), podrían perfectamente incluirse en el artículo 92.7 de Ley Concursal y calificarse como conductas obstaculizadoras del cumplimiento del contrato, que derivarían en la subordinación del crédito de estos «clientes rebeldes» de las promotoras.

2.4. *El problema del leasing*

Otra cuestión práctica, que pone a prueba las normas sobre los efectos del concurso sobre los contratos, es el tema del leasing, que se encuentra de candente actualidad. En muchos concursos, nos encontramos con que en la empresa existen una serie de bienes de equipo, normalmente, que se encuentran en leasing. Algunos de ellos es necesario conservar, con lo que, si están incumplidos, se suelen pagar las cuotas posteriores al concurso para mantenerlos en posesión del concursado, o, si se ejercita acción resolutoria por la sociedad de leasing, se procede a invocar el artículo 62.3 de la Ley Concursal, pidiendo términos de gracia o cortesía. Por el contrario, si no se desea el bien, normalmente se suele llegar a acuerdos amistosos de resolución del contrato con devolución de la posesión del bien (art. 61.2 LC), normalmente sin reconocer indemnización alguna⁶¹.

En líneas generales, la doctrina tradicional sobre esta materia, se ha basado en que el leasing es un contrato de tracto sucesivo y que tiene muchos elementos del arrendamiento, por lo que las cuotas posteriores a la declaración de concurso tendrían la consideración de deudas contra la masa. Esto implica que, por ejemplo, sea de aplicación el régimen de resolución por incumplimiento previsto para los contratos de tracto sucesivo en el artículo 62 de la Ley Concursal⁶². Representativa de esta línea de pensamiento es la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de junio de 2009 (JUR 2009, 400184)⁶³.

⁶⁰ Para un buen análisis de esta materia, nos remitimos, entre otros, a MARTÍNEZ SANZ, «Concurso de promotoras...», cit. pg. 99 ss.

⁶¹ AP Zaragoza (Sección 5ª), sentencia núm. 17/2009 de 12 enero, (JUR 2009, 240101).

⁶² En realidad, el panorama jurisprudencial es un tanto más complejo. Para un buen resumen, TORTOSA RAMOS, M. L., «Los contratos de leasing financiero en el concurso», en RCP, 13/2010, pg. 355 ss.

⁶³ «Una consecuencia inmediata de esta consideración de contrato de tracto sucesivo es que el derecho a la contraprestación por la cesión del uso del bien, en este caso una plaza de parking, no nace desde la firma

Frente a esta línea, tenemos la novedosa y reciente sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de noviembre de 2010, que en un «giro copernicano» reconocido por el propio ponente, señala que el leasing no es un contrato de tracto sucesivo sino un contrato en el que están cumplidas todas las prestaciones por parte de la sociedad de leasing, por lo que el crédito de ésta, sea o no posterior a la declaración de concurso, será siempre concursal y con la calificación de privilegio especial⁶⁴. En concreto, la citada sentencia nos dice:

Esta cuestión había sido resuelta por este mismo tribunal en su Sentencia de 19 de junio de 2009 (JUR 2009, 400184) (RA 753/2008), en el sentido de considerar que el contrato de leasing era de tracto sucesivo y que, durante la pendencia del mismo, el arrendador

del contrato y su exigibilidad está fraccionada y sujeta a vencimientos mensuales sucesivos, como pudiera ocurrir con la devolución de un préstamo o el pago aplazado de una compraventa, sino que cada cuota mensual o renta es la contraprestación pactada por la cesión durante ese mes del bien. Por esta razón, no todas las cuotas adeudadas, con independencia de su vencimiento, tienen la consideración de créditos concursales, sino que este tratamiento estará reservado tan sólo para las cuotas nacidas antes de la declaración de concurso, pero no para las posteriores, que pasan a tener la consideración de créditos contra la masa. Por esta razón, no resulta de aplicación el art. 59 LC a dichas cuotas posteriores a la declaración de concurso, pues este precepto afecta a los créditos concursales, en nuestro caso a las cuotas anteriores. La consecuencia inmediata será que, en virtud del art. 59 LC, en relación con el art. 90.1.4 LC, tal y como fue interpretado respecto de las cuotas de leasing en nuestra anterior sentencia de 15 de mayo de 2009 (RA 465/08), las cuotas vencidas antes de la declaración de concurso tendrán la consideración de créditos con privilegio especial, respecto del bien, lo que resulta irrelevante desde el momento en que el arrendador financiero ha optado por recuperarlo, al ejercitar la acción de separación como consecuencia de la resolución del contrato de leasing; los intereses moratorios devengados con posterioridad al vencimiento de cada una de estas cuotas antes de la declaración de concurso deberían considerarse créditos subordinados (art. 92.3ª LC) y estos intereses son los que dejarían de devengarse una vez declarado el concurso, por aplicación del art. 59 LC. Pero las cuotas del arrendamiento financiero devengadas con posterioridad a la declaración de concurso tienen la consideración de créditos contra la masa, razón por la cual no cabe excluir de ellas la carga financiera y negar su exigibilidad al amparo del art. 59 LC.

*TERCERO: El art. 61.2 LC dispone expresamente que el juez del concurso “decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa”. El contrato de leasing preveía una cláusula penal en caso de resolución del contrato, que consistía en el 10% de las cuotas pendientes de vencimiento (pacto décimo). Si el contrato se hubiera resuelto antes de la declaración de concurso, no cabe duda de que este crédito tendría la consideración de crédito concursal, y que, para su clasificación, podríamos examinar la naturaleza de la pena, al objeto de distinguir si cumplía una finalidad total o parcialmente sancionadora, como ocurrió en el supuesto enjuiciado en nuestra sentencia de 15 de mayo de 2009 (RA 465/08). Pero en el presente caso, la resolución del contrato es posterior a la declaración de concurso y lo es al amparo del citado art. 61.2 LC, como consecuencia de la facultad atribuida a la administración concursal de resolver el contrato, y en estos supuestos, la propia ley dispone expresamente que la indemnización derivada de la resolución del contrato deba satisfacerse con cargo a la masa (art. 61.2 LC), con lo que se le está reconociendo la condición de crédito contra la masa (art. 84.2.11ª LC)». En la doctrina, p. ej. BOTANA AGRA, M., «Los créditos concursales por impago de cuotas o plazos del precio en el arrendamiento financiero y en la venta a plazos», en AA VV, *Estudios sobre la Ley Concursal Homenaje al Prof. Olivencia*, T. III., 2005, pg. 2545.*

⁶⁴ Conf. con esta decisión, tratando la sentencia de instancia de la que trae causa esta apelación, SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «Los contratos de permuta financiera de intereses y de arrendamiento financiero en el concurso de acreedores (SJM 4 Barcelona 28-9-2009)», en *ADCo*, 20/2010-2, pg. 419 ss. En una línea parecida; JMerc Pontevedra, núm. 1, sentencia de 28 junio 2010 (JUR 2010, 325429).

LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS

financiero tenía la obligación de mantener en la posesión del bien al arrendatario financiero. Razón por la cual entendíamos que al tiempo de declararse el concurso estaban pendientes de cumplimiento obligaciones por ambas partes, siendo de aplicación el art. 61.2 LC. Pero esta postura vamos a reconsiderarla, a la vista del presente recurso y de las consideraciones afloradas por las partes y por el juez mercantil.

Es muy significativo que los bienes objeto de leasing, en este caso bienes muebles (maquinaria industrial), son adquiridas por la entidad financiera con la única finalidad de cederlas en leasing a la arrendataria financiera, quien previamente ha seleccionado dichos bienes a su propio interés; los bienes cuya cesión de uso se transmite con el contrato son adquiridos del fabricante o distribuidor; la compañía de leasing se exime de responsabilidad respecto de cualquier acción derivada de los vicios o defectos de dichos bienes, llegando incluso, como en este caso, a incorporar una cláusula en el contrato en tal sentido.

En efecto, la cláusula VI del contrato, que lleva por rúbrica «INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR FINANCIERO Y DEL/LOS ARRENDATARIO/S FINANCIERO/S, se supone que prevé los posibles incumplimientos que pudieran darse en este contrato, durante su vigencia, y llama la atención que tan sólo los prevé respecto del arrendatario, pero no respecto del arrendador. Al respecto, se afirma en el apartado 6.1: «Las partes reiteran que el ARRENDADOR FINANCIERO ya ha dado íntegro cumplimiento de sus obligaciones en el presente Contrato, por lo que no es posible prever incumplimiento alguno por su parte, al haberse agotado la ejecución de cuantas prestaciones venía obligado a satisfacer, salvo la de transferir el dominio en el supuesto de ejercicio de la opción de compra».

QUINTO: La propia composición de estas cuotas periódicas muestra que se calculan en atención al tiempo pactado, la recuperación del coste del bien por la entidad financiera y el lucro representado por la carga financiera. Según la disposición adicional 7ª LDIEC, «las cuotas deberán aparecer expresadas en los respectivos contratos diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra, y la carga financiera exigida por la misma, todo ello sin perjuicio de aplicación del gravamen indirecto que corresponda». Aunque lo que se transmite es una cesión de uso, la cuota pactada no responde tanto al concepto de renta que compensa la privación temporal del bien por parte del propietario, como a permitir a la entidad financiera recuperar el precio satisfecho para la adquisición del bien, además de una carga financiera que constituye propiamente el beneficio de la arrendadora financiera. Ello justifica la previsión legal que, para caso de incumplimiento, no sólo legitima la resolución con una cláusula penal que, cuando menos, es resarcitoria de la inversión llevada a cabo por el arrendador para la adquisición del bien, sino también la posibilidad de exigir el íntegro cumplimiento del contrato y cobrarse el crédito, con carácter preferente a cualquier otro acreedor, con la ejecución del propio bien. Lo que se traduce en el ámbito concursal en el reconocimiento al acreedor arrendador financiero de un crédito con privilegio especial sobre la totalidad de las cuotas, sin que el art. 90.1.4ª LC distinga entre las vencidas y las pendientes de vencimiento.

SEXTO: No obsta lo anterior que, en caso de ejercitarse la opción de compra, la entidad arrendadora tenga que cumplir con la obligación de entregar la titularidad del bien, pues se trata de una facultad que se confiere al arrendatario, de tal forma que la obligación de



la arrendadora tan sólo nace en caso de que el arrendatario, después de haber pagado todas las cuotas, decida hacer ejercicio de ella. Esta compraventa no es un mero acto de ejecución del contrato de leasing, sino un negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad, en este caso del arrendatario al hacer uso de la opción de compra. Además, en un caso como el presente, en que el leasing versa sobre bienes muebles, la entrega del bien, necesaria para la transmisión de la voluntad, se lleva a cabo a través de la denominada traditio brevi manu, bastando el mero acuerdo de voluntades para que se perfeccione la transmisión del dominio, ya que el bien está en posesión del adquirente.

SÉPTIMO: Todo lo anterior nos lleva a concluir que al tiempo de declararse el concurso, el contrato estaba únicamente pendiente de cumplimiento por una de las partes, por el arrendatario financiero, pues tenía pendientes, cuando menos, las cuotas aún no vencidas. Estas obligaciones habían ya nacido con la firma del contrato, sin perjuicio de que no fueran exigibles hasta el vencimiento de cada uno de los plazos pactados. En consecuencia, y conforme a lo previsto en el art. 61.1 LC, el crédito que adeuda la concursada a la financiera deberá incluirse en la masa pasiva prevista en el art. 49 LC, sin perjuicio de su clasificación. Esta interpretación es conforme con la previsión contenida en el art. 155.2 LC relativa al pago de los créditos con privilegio especial afectados por la paralización o suspensión de las acciones de recuperación del bien gravado del art. 56 art. 56 LC, pues expresamente prevé que, en esos casos, que por tratarse de créditos concursales en principio no sería posible atender a su pago, la administración concursal puede optar por pagarlos con cargo a la masa, sin realizar los bienes y derechos afectos. De este modo, queda claro que son créditos concursales, clasificados con privilegio especial conforme al art. 90.1.4.º LC que, no obstante lo cual y sin perder esta condición, excepcionalmente pueden ser satisfechos por la administración concursal con cargo a la masa para evitar la realización del bien.

Por esta razón, y sin perjuicio de que la administración concursal decida hacer uso de esta facultad más adelante, los créditos de FINANZIA derivados de los dos contratos de leasing, tanto respecto de las cuotas vencidas e impagadas, como de las pendientes de vencimiento, merecen ser clasificados como créditos concursales con privilegio especial del art. 90.1.º LC.

A pesar de la brillantez e indudable calidad técnica de esta decisión, lo cierto es que no se pueden compartir sus argumentos:

En primer lugar, porque por mucho que se quiera defender en base al clausulado del contrato concreto que tenía el leasing de autos, es imposible negar que forma parte del leasing la obligación de tracto sucesivo de mantener al arrendatario financiero en posesión del bien entregado en leasing. La clave del error de la sentencia en este sentido se encuentra cuando dice: *Aunque lo que se transmite es una cesión de uso, la cuota pactada no responde tanto al concepto de renta que compensa la privación temporal del bien por parte del propietario, como a permitir a la entidad financiera recuperar el precio satisfecho para la adquisición del bien, además de una carga financiera que constituye propiamente el beneficio de la arrendadora financiera.* Es decir, está confundiendo peligrosamente el leasing con una compraventa a plazos, o incluso con un préstamo hipotecario o prendario en el que parece que se «presta un dinero» sobre un bien que nunca va a pasar a propiedad de la sociedad de leasing. Pero esto no es ni siempre así, ni normalmente así. En los leasing, no siempre se ejercita la opción de compra final, es más, en muchos casos no se hace así, con lo que la

sociedad de leasing sabe que, cuando acabe el leasing, debe buscar una nueva colocación a dichos bienes. Por ello mismo, el leasing no es una compraventa a plazos, ni mucho menos un préstamo con garantía real; a pesar de que el arrendamiento sea una fórmula que ese usa en gran medida, pero no exclusivamente, para mantener la propiedad del bien en garantía de la sociedad de leasing. El hecho de que puedan existir cláusulas penales como las que hace referencia la sentencia, aparte de su posible moderación por los tribunales, no nos parece que sea un elemento determinante para cambiar la naturaleza jurídica de este contrato, *porque no elimina el hecho básico de que un leasing es una cesión de uso no de propiedad*. Puede que el bien lo elija el arrendatario, puede incluso que el arrendador se exonere de cualquier obligación de saneamiento o semejante, pero ni la sentencia ni nadie niega, que el bien no es del arrendatario, y que el arrendador, en todo caso, está cediéndole el uso y disfrute del mismo en concepto de poseedor no de dueño. Por ello mismo, no puede negarse que existe una obligación de tracto sucesivo de cesión de la posesión, como sucede, por ejemplo, en los casos de los verdaderos contratos del alquiler. El hecho de que el leasing, por su naturaleza atípica, tenga otras muchas connotaciones (financieras, de garantía...), no puede hacer olvidar que *también* incluye esta obligación de uso. Tampoco nos parece defendible que la opción de compra no sea una obligación pendiente. Que sea condicional, no quiere decir que no sea pendiente. En todo caso, aceptado que la cesión del uso es una obligación de tracto sucesivo, la relevancia de esta cuestión disminuye notablemente⁶⁵.

En definitiva, entendemos que en el leasing estamos ante un contrato de tracto sucesivo, y no podemos aceptar que estemos ante el supuesto del artículo 61.1 de la Ley Concursal.

Para finalizar, hay un tema que parece subyacer en la sentencia y que realmente se trata de, si se nos permite la expresión, «la gran mentira del leasing». Básicamente, lo que suele subyacer en este tipo de razonamientos es que no es tan grave que no se consideren como deudas contra la masa las cantidades a las que hacemos referencia, porque en el fondo el acreedor del leasing está protegido por su calificación como crédito con privilegio especial del artículo 90.1-4º de la Ley Concursal, y la posibilidad de rescate del bien (art. 155 LC). Sin embargo, lo que se olvida siempre en estos casos es que la sociedad de leasing tiene privilegio especial sobre un bien que ya es *de su propiedad*. Es decir, que es privilegio es «papel mojado», no suponiendo ninguna garantía adicional de cobro, sino como mucho una especie de *separatio ex iure domini*. Parafraseando el conocido brocardo jurídico, de la misma forma que nadie puede dar lo que no tiene, a nadie se le puede dar como garantía de cobro lo que ya tiene⁶⁶.

⁶⁵ En el fondo, lo que late detrás de la argumentación de la sentencia, es la polémica sobre la naturaleza jurídica del leasing, con tres tesis básicas: 1.- La que lo asimila al arrendamiento de cosa; 2.- La que lo acerca a la compraventa a plazos. 3.- La mayoritaria que lo caracteriza como un contrato de financiación atípico (vid. el somero resumen en BOTANA AGRA, «Los créditos concursales...», cit. pgs. 2536-2537).

⁶⁶ Ponía ya de manifiesto esta paradoja, BOTANA AGRA, «Los créditos concursales...», cit. pg. 2548.

En definitiva, que entendemos que esta decisión jurisprudencial no debería cambiar la visión que tradicionalmente se tenía de esta cuestión, ya que no es jurídicamente correcta ni tampoco materialmente equitativa atendiendo a los intereses en presencia.

3. La admisión de excepciones legales

Para cerrar las normas relativas a los efectos del concurso sobre las obligaciones sinalagmáticas, la Ley Concursal termina con una previsión, en principio, bastante inocua, pero en nuestra opinión, peligrosa. Nos referimos, concretamente al artículo 63 de la Ley Concursal.

El problema es que la experiencia anterior a la Ley Concursal nos demuestra que muchas veces algunos grupos de interés utilizan instituciones «paraconcursoales» para buscar un trato privilegiado diferente del recogido por la nuestra vigente legislación en materia de insolvencia⁶⁷. Por ello mismo, que la propia Ley Concursal contenga una previsión expresa (art. 63 LC) que «indique el camino» para buscar excepciones al régimen general, nos parece peligroso y, además, innecesario, porque aunque no existiese esta norma es evidente que rige el principio de *lex posterior derogat anterior*.

IV. CONTRATOS LABORALES (REMISIÓN)

Este tema, regulado en los artículos 64 a 66 de la Ley Concursal, no va a ser objeto de tratamiento. Sin embargo, queremos hacer una reflexión. Desde un punto de vista de la defensa de la masa activa del concurso, los contratos de trabajo suelen ser el tipo de contratos que es más importante extinguir para evitar que las deudas contra la masa terminen haciendo ilusorio el derecho de cobro, no sólo de los acreedores concursales, sino también de los acreedores contra la masa. Por ello mismo, su ordenada, ágil y correcta extinción es de suma importancia para el concurso. Aunque en este caso, combinada con la defensa de los legítimos derechos de los trabajadores que, obviamente, nadie discute.

V. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (REMISIÓN)

Sobre este punto no queremos incidir demasiado, ya que la única idea que hay que tener es que, en estos contratos, y en base a lo que permite el propio texto legal (art. 67 LC), la regla general es la contraria que la que hemos explicado para los contratos con obligaciones sinalagmáticas, esto, es que la declaración de concurso es causa de resolución del contrato⁶⁸.

⁶⁷ Para una somera indicación de algunos supuestos concretos amparados por la norma vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Art. 63», cit. pg. 1175 ss.

⁶⁸ Es de reseñar, no obstante, que el RDL 6/2010 ha introducido relevantes cambios. Para su análisis vid. VÁZQUEZ LEPINETTE, T., «Los efectos del concurso sobre los contratos administrativos a la luz del RDL 6/2010», en *ADC6*, 22/2011, pg. 315 ss.

VI. REHABILITACIÓN DE CONTRATOS

La rehabilitación de contratos es una materia a la que quizás no se le ha prestado la atención que se merece, sobre todo en la práctica, y que puede ayudar en algunos casos al mejor mantenimiento del valor económico del activo concursal ya sea con fines de continuidad de la empresa o liquidatorios⁶⁹.

En esencia, rehabilitar un contrato es volver a dotar de plenitud de efectos a un contrato que se encuentra incumplido. Es decir, que sin necesidad de esperar a que pudiera entablarse una hipotética acción de resolución por incumplimiento por el no concursado, el concursado con la anuencia de la administración concursal puede *incluso contra la voluntad del no concursado pero pagando lo que se deba*, mantener dicho contrato.

Dicho esto, bajo el paraguas de la rehabilitación, existen supuestos muy diferentes. Por un lado, los de los artículos 68 y 69 de la Ley Concursal que están concebidos de una forma quizás demasiado restrictiva. El del artículo 155, de mucha relevancia práctica. Y, en fin, el artículo 70 para los casos de arrendamiento, que está siendo muy utilizado y que realmente ha demostrado su eficacia para los fines del concurso.

1. Los contratos de crédito y las compraventas a plazos

Esta materia está regulada por los artículos 68 y 69 de la Ley Concursal. De forma esquemática, estos preceptos disponen:

- * **Ámbito de aplicación:** 1.—(art. 68 LC): contratos de préstamo y crédito. Interpretación amplia⁷⁰; también la línea de descuento⁷¹. 2.—Contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado (art. 69 LC).
- * **¿Qué enerva?** 1.—(art. 68 LC): El vencimiento anticipado del contrato por impago de cuotas de amortización o intereses. 2.—(art. 69 LC): La resolución del contrato.
- * **Legitimación activa:** La administración concursal por propia iniciativa o a petición del concursado, pero la decisión última le compete a los administradores concursales.
- * **Requisitos:** 1.—Impagos de tres meses antes declaración de concurso. 2.—Dentro del plazo de notificación de créditos. 3.—Notificar rehabilitación + pagar atrasos y asumir pagos con cargo a la masa. 4.—No se puede si: i) existe oposición del acreedor y; ii) se han iniciado acciones antes concurso.

⁶⁹ Para un notable estudio de esta materia vid. GÓMEZ MENDOZA, M., «La rehabilitación de créditos en el concurso», en *RCP*, 6/2007, pg. 43 ss.

⁷⁰ Contra. GÓMEZ MENDOZA, «La rehabilitación...», cit. pg. 48 ss.

⁷¹ SAP Bna 18/02/08 (JUR, 363981, 2008). Aunque no muy claro, parece contrario a esta amplitud interpretativa. MADRAZO, J., «Art. 68», pg. 1257, en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley concursal*, Madrid, T. I. 2004.

* Especialidad (art. 69 LC): El incumplimiento del contrato que hubiera sido rehabilitado conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación.

Lo primero que se desprende de esta normativa es que, quizás, se ha establecido de una forma excesivamente restrictiva. Tanto los plazos legales para ejercitar la rehabilitación, como la imposibilidad de enervar de forma coactiva si existe acción enablada, suponen un importante obstáculo práctico para su utilización. El primero, porque salvo que el concursado tenga clara una estrategia de solicitudes de rehabilitaciones antes incluso de solicitar el concurso, es realmente difícil que la administración concursal, en un período que suele ser de frenético trabajo para ésta, esté en condiciones de valorar con la ponderación suficiente el ejercicio de este derecho, y menos tomar decisiones en este sentido por propia iniciativa.

Una cuestión importante a resaltar, es también que estas normas son de aplicación tanto a contratos bilaterales como unilaterales (muy especialmente el contrato de préstamo); lo que es muy importante y útil, sobre todo en el caso del (art. 68 LC),

La otra gran pregunta que surge del precepto, es si son posibles rehabilitaciones que no cumplan con todos los requisitos establecidos en estas normas. Obviamente, de forma coactiva para el no concursado ello no sería admisible. ¿Pero cabe pactar rehabilitaciones de común acuerdo atípicas?

Como ya dijimos al hablar de los contratos de descuento, la admisión de esta posibilidad abre unos caminos muy interesantes, ya que la rehabilitación tiene el «gran premio» para el no concursado de que permite pagar los atrasos como deuda contra la masa, y este «premio» sabiamente administrado por la administración concursal y el concursado, puede ser el «incentivo» suficiente para, por ejemplo, conseguir que las entidades financieras puedan mantener líneas de financiación a la empresa en concurso. En nuestra opinión, la clave para admitir este tipo de pactos, nos la da el artículo 62.3 de la Ley Concursal. *Sí, por lo menos, en el caso de las compraventas a plazos (art. 69), aunque el concursado haya iniciado las acciones de resolución a que hace referencia el precepto, puede el Juez del Concurso «obligarle» a mantener el contrato (art. 62.3 LC), no parece que nada impida que las partes por acuerdo puedan rehabilitar el contrato sin necesidad de ejercicio de acción de resolución alguna.* Entendemos que la misma solución es predicable del art. 68 LC, ya que el vencimiento anticipado al que hace referencia desde un punto de vista operativo no es, en realidad, sino una forma abreviada de ejecutar la resolución del contrato de préstamo por incumplimiento.

2. El artículo 155.2 de la Ley Concursal

El carácter aparentemente restrictivo y casi marginal que parece tener la rehabilitación de contratos que regulan los arts. 68 y 69 LC, es más aparente que real, ya que existe otro supuesto de rehabilitación (art. 155 LC) para los casos del art. 56 LC, que, aparte de que está configurado de una manera mucho más flexible, está siendo bastante utilizado en la práctica. Nótese cómo se tiene todo el plazo de

suspensión que establece el art. 56 LC (normalmente un año), para poder comunicar la rehabilitación.

Por ejemplo, para evitar dilapidar la posibilidad de que llegue a existir sobrante en inmuebles (normalmente industriales) que tengan hipotecas que cubran una parte pequeña del valor de tasación, se suelen rehabilitar los préstamos hipotecarios para evitar que los intereses moratorios puedan aumentar de forma muy relevante el monto a pagar si finalmente, por ejemplo, se aprueba un convenio o se consigue encontrar comprador para el inmueble y se cancela la garantía.

Por otro lado, esta norma es también de aplicación a los casos de leasing, por lo que debería ser muy tenida en cuenta en la rica problemática práctica que suelen presentar estos contratos⁷².

3. Los contratos de alquiler

Esta materia se encuentra regulada en el art. 70 LC. Esta norma es de gran utilidad y muy pertinente. Dada la realidad práctica de que muchas veces las empresas se encuentran en inmuebles arrendados y no en propiedad, a veces la continuidad de la actividad depende de mantener el arrendamiento del local o industria. Por ello mismo, había que ofrecer un régimen más flexible incluso que el art. 22 LEC para rehabilitar estos contratos, y ello es precisamente lo que hace el art. 70 LC.

Una duda que surge es si, de igual forma que señala para las compraventas a plazos el art. 69 LEC, una vez enervado en sede concursal un desahucio, es posible una nueva rehabilitación. Problema que entendemos que debe responderse de forma afirmativa⁷³. Téngase en cuenta que, la experiencia nos demuestra que las situaciones por las que pasa una empresa concursada son de una gran volatilidad. Por ejemplo, puede llegar a pensarse que la continuidad es posible y enervar, luego parecer que no tiene ningún viso y dejar de pagar, para al fin, aparecer un comprador para una de las fábricas, y ser conveniente volver a enervar y así evitar frustrar la transmisión de esa unidad productiva, ya sea en fase común, o en fase de liquidación⁷⁴.

En todo caso, para enervar el pago debe ser íntegro⁷⁵.

⁷² Como expresamente nos señala la SAP Bna 19/11/10. Conf. MARCO ALCALÁ, L. A., «La rehabilitación de créditos y de contratos en la nueva Ley Concursal», en AA VV, *Estudios sobre la Ley Concursal Homenaje al Prof. Olivencia*, T. III, 2005, pg. 2907; GÓMEZ MENDOZA, «La rehabilitación...», cit. pg. 50.

⁷³ Conf. SAP Palencia 22.02.07 (AC 2007, 1684).

⁷⁴ Contra. MADRAZO, «Art. 70», cit. pg. 1294.

⁷⁵ Conf. AP Zaragoza (Sección 5ª), auto núm. 122/2009 de 2 marzo (JUR 2009, 187268); MADRAZO, «Art. 70», cit. pg. 1291.