

Declaración de concurso y contratos: resolución en interés del concurso y resolución por incumplimiento

*Insolvency and contracts: resolution in the interest
of the insolvency and for non-compliance*

Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca

Abogado

Martinorus87@gmail.com

Fecha de recepción: 27 de febrero de 2017.

Fecha de aceptación definitiva: 21 de abril de 2017.

Resumen

El tratamiento jurídico de la insolvencia continúa siendo una de las ramas del derecho que más interrogantes plantean en la actualidad. De todas las cuestiones que son objeto de tratamiento en este ámbito, destaca el régimen jurídico de los contratos durante el procedimiento concursal. La continuidad de la actividad empresarial exige el mantenimiento de las relaciones económicas del deudor para continuar produciendo activos.

Abstract

The legal treatment of insolvency continues to be one of the branches of law that are the most questioned today. Of all the issues that are dealt with in this area, it is worth noting the study of the legal regime of contracts during the insolvency proceedings. The continuity of the business activity requires the maintenance of the economic relations of the debtor to continue producing assets. The possibilities of extinction are limited certain

Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO
Declaración de concurso y contratos:
resolución en interés del concurso
y resolución por incumplimiento

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 5, junio 2017, 109-128
eISSN: 2340-5155
© Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-ND

Las posibilidades de extinción quedan limitadas a determinados supuestos concretos, de los cuales serán abordados la resolución en interés del concurso y por incumplimiento.

specific cases, which will be addressed the resolution in the interest of the contest and for non-compliance.

Palabras clave: contratos; insolvencia; resolución.

Key words: contract; insolvency; resolution.

1. INTRODUCCIÓN

El procedimiento concursal está plagado de excepciones a las reglas generales del derecho de obligaciones. Su principal finalidad es salvaguardar el interés colectivo de todos los acreedores concurrentes ante un cambio sobrevenido en las circunstancias económicas del deudor. La Ley Concursal (en adelante LC) pretende atenuar el impacto de la insolvencia mediante un tratamiento prudente, basado en la gestión óptima y racional de los recursos patrimoniales del concursado¹.

El objetivo de este trabajo se centra en abordar el régimen jurídico aplicable a los contratos tras la declaración de concurso, profundizando en los mecanismos de extinción proporcionados por la LC, permitidos únicamente para casos excepcionales. Se analizará la resolución en interés del concurso como una de las vías más características de la LC y, por otro lado, la resolución por incumplimiento, detallando sus particularidades dentro del procedimiento.

2. CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL Y MANTENIMIENTO DE LA VIGENCIA DE LOS CONTRATOS

La normativa concursal aboga por el mantenimiento de la actividad empresarial del deudor, procurando preservar e incrementar la masa activa del procedimiento y así poder hacer frente al pago de los créditos de la mejor manera posible. Determina el art. 44.1 LC: «La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad que viniera ejerciendo el deudor». La continuación de la actividad se acuerda con carácter general; no obstante, en situaciones excepcionales, cuando esta medida no resulte una opción rentable para el concurso, conviene ordenar el cierre parcial o total de la empresa (art. 44.4 LC)².

1. Sobre el asunto, aconsejamos consultar a TIRADO MARTÍ, I. 2009: «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal». *Anuario de Derecho Civil*, 2009, 3: 1055-1107, 1084.

2. *Vid.*, entre otros: MARTÍNEZ FLÓREZ, A. 2004: «Comentario al art. 44 LC». En Á. Rojo y E. Beltrán (dirs.): *Comentario a la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, 902-925, 920; y MONEREO PÉREZ, J. L. 2006: *La conservación de la empresa en la ley concursal. Aspectos laborales*. Valladolid:

Para asegurar la continuidad, la LC determina el mantenimiento de los contratos: «La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte» (art. 61.2 LC). Como refuerzo de este principio, quedan prohibidos los pactos resolutorios por causa de insolvencia: «Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes» (art. 61.3 LC). A fin de garantizar a los acreedores el cumplimiento de las deudas contraídas por el concursado durante el procedimiento, los créditos generados tras la declaración se abonan con cargo a la masa (arts. 61.2, 62.3, 62.4 y 84.2, ap. 5.º y 9.º LC).

Los contratos continúan cumpliéndose en los mismos términos en que fueron pactados, sin perjuicio de la limitación de las facultades del deudor. En supuestos de mera intervención, la Administración Concursal establece los actos y operaciones que puede llevar a cabo el deudor con carácter general (art. 44.2 LC) y cuáles precisan de una autorización especial. Así, por ejemplo, en un contrato de suministro en el que es parte suministrada el concursado, quedarán autorizados los pedidos relativos a sus necesidades ordinarias de abastecimiento³. En cambio, precisará de una autorización singular para solicitar otros suministros suplementarios o que impliquen un importante desembolso económico. En caso de acordar el régimen de suspensión, corresponde a la Administración Concursal ejecutar por sí misma la actividad económica (art. 44.3 LC), realizando los pedidos que considere necesarios. Sin embargo, nada impide que este órgano pueda solicitar la colaboración del deudor para facilitar la gestión empresarial (art. 42 LC).

En función del grado de cumplimiento en que se encuentren los contratos al tiempo de la declaración, la LC regula dos regímenes distintos, cuyo análisis procede realizar en epígrafes separados.

Lex Nova, 79. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. 2015: «Tratamiento concursal de los contratos de distribución». En M. Á. Alcalá Díaz: *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*. Barcelona: Bosch, 347-374, 356, destaca que la paralización de la actividad del concursado procede en aquellos casos en que los gastos de continuación supongan una carga excesiva para la masa del concurso, o si como consecuencia de los resultados adversos de la actividad su mantenimiento se oponga al interés de los acreedores.

3. JUAN Y MATEU, F. 2008: «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada». *Anuario de Derecho Concursal*, 2008, 13: 115-151, 119.

2.1. Régimen de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una parte y cumplidos íntegramente por la otra (art. 61.1 LC)

El art. 61.1 LC establece un tratamiento particular para los contratos cumplidos íntegramente por una parte y no por la otra (generalmente contratos de tracto único): «En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso». La prestación aún no ejecutada se califica como un crédito o deuda concursal, según proceda. Si el deudor cumple íntegramente, la parte pendiente de realizar por el contratante *in bonis* se integra en la masa activa del concurso. En cambio, la prestación no ejecutada por el concursado se incluye en la masa pasiva. Pensemos en un contrato de compraventa donde el vendedor-no concursado ha efectuado la entrega, pero el comprador-concursado no ha pagado íntegramente el precio. En este caso, el vendedor tiene un crédito concursal por la cuantía pendiente de pago.

Para determinar cuándo un contrato está plenamente cumplido a efectos del art. 61.1 LC, es preciso examinar el carácter principal o accesorio de la obligación realizada. Si el contratante ha cumplido todas las principales, pero no las accesorias, el cumplimiento es íntegro y, por tanto, se aplica el art. 61.1 LC⁴. Ahora bien, cuando la ejecución de la accesoria sea indispensable para que la principal produzca efectos, no hay pleno cumplimiento⁵, y procede el régimen del art. 61.2 LC, a no ser que la otra parte haya efectuado su prestación.

Sin embargo, el art. 61.1 LC suscita un problema. Su exclusiva aplicación a los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 1100, 1120 y 1124 CC) genera el interrogante de cuál es el destino de otros contratos que no tienen esta condición, como los unilaterales, excluidos *a priori* del ámbito de la norma.

De conformidad con el mantenimiento de la actividad empresarial (art. 44 LC) y la integración de todos los acreedores en la masa pasiva (art. 49 LC), la doctrina tiende a flexibilizar el sentido del art. 61.1 LC. Este precepto constituye una regla general, cuyo ámbito de aplicación se extiende a otros contratos que no integran obligaciones recíprocas⁶, como en este caso los de carácter unilateral. A modo ejemplificativo, en

4. MONTSERRAT, A. 2008: «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales». *Anuario de Derecho Concursal*, 2008, 14: 71-120, 73.

5. LARA GONZÁLEZ, R. 1998: *Las causas de extinción del contrato de agencia*. Madrid: Civitas, 277.

6. MARTÍNEZ FLÓREZ, A. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En Á. Rojo y E. Beltrán (dirs.): *Comentario a la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, tomo I, 1109-1188, 1143; GÓMEZ MENDOZA, M. 2004: «Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales». En AA. VV.:

un préstamo concedido al concursado por una entidad de crédito, la parte pendiente de pago constituye un crédito concursal⁷. De forma inversa, el prestamista concursado integra en la masa activa el capital entregado al contratante *in bonis*.

La norma también se aplica a los denominados «contratos bilaterales imperfectos», que generan obligaciones para ambas partes, pero que no disponen de un verdadero sinalagma, al no existir una relación de interdependencia y reciprocidad entre las prestaciones que los integran (por ejemplo, el *swap*).

Los contratos íntegramente cumplidos por una parte y no por la otra permanecen vigentes, pero no porque continúen en ejecución (como ocurre en los de tracto sucesivo), sino por la prestación que queda pendiente de cumplimiento, que se reserva para un pago posterior⁸.

2.2. Régimen de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes (art 61.2 LC)

De conformidad con el ya citado art. 61.2 LC, los contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes siguen vigentes y continúan ejecutándose con normalidad. Las prestaciones originadas tras la declaración de concurso se abonan con cargo a la masa (arts. 61.2 y 84.2, ap. 5.º y 9.º LC), mientras que las anteriores se integran en la masa activa o pasiva, de conformidad con el sistema de calificación crediticia de la LC.

Son, por lo general, contratos de tracto sucesivo que forman parte del activo empresarial del concursado (contratos de suministro –luz, materias primas, género para reventa–, licencias de marca, etc.). En algunas ocasiones, incluso, constituyen la causa principal o razón de ser de la empresa (agencia en exclusiva, contratos de concesión, selectiva o franquicia), de manera que su mantenimiento es indispensable porque son fuente de la totalidad o gran parte de sus ingresos.

Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia. Madrid: Marcial Pons, tomo III, 2787-2828, 2797-2799; SÁNCHEZ PAREDES, M. L. 2009: «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso». *Anuario de Derecho Concursal*, 2009, 18: 423-473, 429-431; y ANTÓN SANCHO, M. 2014: «Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores». *Anuario de Derecho Concursal*, 2014, 32: 285-325, 297.

7. Vid. SAP de Barcelona de 1 de junio de 2006 (AC/2007/1004).

8. En este sentido, GARCÍA VICENTE, J. R. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Tecnos, vol. I, 669-717, 698, afirma que la vigencia se predica por igual en los contratos de tracto único como de tracto sucesivo con independencia de su grado de ejecución. No obstante, en los de tracto único cumplidos íntegramente por una parte y no por la otra no ha lugar a plantearse una continuación desde la perspectiva concursal, ya que no hay prestaciones que continúen engrosando la masa activa.

3. RESOLUCIÓN EN INTERÉS DEL CONCURSO (ART. 61.2 2.º LC)

Como excepción al principio de vigencia, el art. 61.2 2.º LC posibilita la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes en interés del concurso:

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El secretario judicial citará a comparecencia ante el juez al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez 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...

Esta facultad también se denomina «resolución voluntaria», aunque en realidad es una calificación errónea derivada del art. 84.2 6.º LC, porque, como veremos, la extinción de la relación no depende de la exclusiva voluntad de quien la ejerce, sino que está sujeta al control y posterior aprobación judicial.

3.1. *Presupuesto objetivo: el interés del concurso*

La resolución se funda en un único motivo: el interés del concurso. Para su procedencia, es preciso que el contrato cuya extinción se pretende no sea suficientemente provechoso para el procedimiento. La regla general es la conservación de todas las relaciones que engrosen la masa activa, eliminando aquellas que resulten económicamente indeseables para la misma. Esto último sucede cuando no generan activos suficientes (por ser malos negocios)⁹ o son excesivamente gravosas por su contenido y garantías¹⁰. También cuando las condiciones que integran son comparativamente peores que las de otros contratos que pudieran celebrarse en el mercado para satisfacer la misma necesidad¹¹.

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

10. GARCÍA VICENTE, J. R. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Tecnos, vol. I, 699.

11. JUAN Y MATEU, F. 2008: «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada». *Anuario de Derecho Concursal*, 2008, 13: 137.

3.2. Presupuesto subjetivo: legitimación

La facultad de resolver el contrato en interés del concurso queda reservada a la parte concursada, pudiendo instarla el propio deudor cuando se le aplique el régimen de intervención, o la Administración Concursal cuando se decreta la suspensión de sus facultades patrimoniales. Discute la doctrina si en situación de mera intervención el concursado precisa autorización de la Administración Concursal para pedir la resolución. Algunos autores entienden que no es necesaria¹² porque al final es el juez quien decide acerca de su procedencia¹³. Otros, en cambio, la consideramos preceptiva para la validez del acto porque la Administración Concursal responde de la buena o mala gestión del concurso, quedando sometida a un severo régimen de responsabilidad (art. 36 LC)¹⁴. Es más, si el concursado intervenido no presenta la resolución cuando resulte la medida más beneficiosa para el procedimiento, la Administración concursal, por analogía del art. 54.2 LC, podrá interponerla en su nombre, incluso aunque aquel se oponga¹⁵. En casos más extremos, el juez puede decretar el cambio a la suspensión de facultades (art. 40.4 LC) para que la inste por sí misma¹⁶.

Quedan excluidos para ejercitar la resolución el contratante *in bonis* y el juez, quienes, en su caso, sólo podrán sugerirla cuando la consideren conveniente para el interés del concurso¹⁷.

12. MARTÍNEZ FLÓREZ, A. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En Á. Rojo y E. Beltrán (dirs.): *Comentario a la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, tomo I, 1149; AZNAR GINER, E. 2009: *La resolución del contrato en interés del concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 33; y BLASCO GASCÓ, F. 2009: *Declaración de concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 51.

13. *Vid.* BONARDELL LENZANO, R. 2006: *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 67.

14. GARCÍA VICENTE, J. R. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Tecnos, vol. I, 700. Por otra parte, FUENTES DEVESA, R. 2009: «Cuestiones procesales de la resolución de los contratos en el concurso». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2009, 10: 200 afirma: «Aunque se asuma la tesis de que es exigible la autorización o consentimiento de la administración concursal para poner el concursado intervenido en marcha el mecanismo resolutorio, no considero necesario acudir al incidente concursal para su anulación, sino que por economía procesal bastaría en esa comparecencia ex art. 61 manifestar que se actúa sin autorización para privar de eficacia ese acto iniciador. Y en sentido contrario, si se entiende ajustado, también debe aprovecharse tal comparecencia para sanarlo, expresando la conformidad a dicha iniciativa».

15. MONTSERRAT, A. 2008: «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales». *Anuario de Derecho Concursal*, 2008, 14: 91.

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

17. FUENTES DEVESA, R. 2009: «Cuestiones procesales de la resolución de los contratos en el concurso». *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, 2009, 10: 199.

3.3. Una cuestión no resuelta: el plazo de ejercicio

En torno al plazo para instar la resolución, la LC guarda silencio al respecto. La inexistencia de un límite temporal impide constatar cuándo su ejercicio resulta intempestivo. El resultado es una grave situación de inseguridad para la parte *in bonis*, quien se mantiene a la espera sin poder conocer cuál será la suerte de su contrato¹⁸.

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

Para solventar el silencio de la LC, las soluciones propuestas han sido varias. Por un lado, se aboga por que la Administración Concursal y/o el concursado conserven hasta el término del concurso la facultad de resolución del contrato¹⁹. Por otro, se sugiere que la parte *in bonis* pueda pedir a la concursada, antes del informe de la Administración Concursal, que decida si va o no a solicitar la extinción, y la parte concursada puede esperar a contestar hasta el momento en que la Administración Concursal presente el informe. En tal caso, si contesta que cumplirá el contrato, no podrá después ejercitar la facultad resolutoria, lo mismo que si no contesta dentro del

18. AZNAR GINER, E. 2009: *La resolución del contrato en interés del concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 36.

19. GARCÍA VICENTE, J. R. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Tecnos, vol. I, 678.

plazo. Si la parte *in bonis* no interpela al concursado y éste deja transcurrir el plazo para que la administración concursal presente el informe sin pronunciarse al respecto, ya no podrá, después, solicitar la resolución en interés del concurso, aunque no haya sido previamente interpelado por la parte *in bonis*²⁰.

A nuestro entender, lo más acertado es la concesión de un tiempo razonable²¹ a partir del momento en que se plantee la posibilidad de resolver. A efectos probatorios resultará difícil acreditar el inicio del cómputo, pero otorgar un plazo indeterminado o excesivamente amplio (todo el procedimiento concursal) puede perjudicar al contratante *in bonis*, quien se mantiene en la incertidumbre de si su contrato será o no resuelto.

3.4. Procedimiento

Instada la resolución por alguno de los sujetos legitimados, el secretario judicial citará a las partes para que comparezcan ante el juez. Se precisa la asistencia del contratante *in bonis*, del concursado y de la Administración Concursal, quienes deben pronunciarse individualmente sobre la extinción del contrato. Primero declara la parte concursada (el deudor con la autorización de la Administración Concursal o bien esta última), exponiendo los motivos de la resolución e indicando de qué manera beneficiará al concurso o cómo lo perjudicará si ésta no se lleva a cabo. Posteriormente debe declarar el contratante *in bonis*, quien se limitará exclusivamente a dar su conformidad o disentir de la decisión adoptada por la otra parte. Tras la audiencia, la LC regula un procedimiento distinto en función de si existe o no acuerdo entre los comparecientes.

Si la resolución se produce por mutuo disenso, el juez dictará auto sin dilación (art. 186.3 LC y 415.1 1.º LEC) declarando resuelto el contrato²² de conformidad con lo

20. Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, A. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En Á. Rojo y E. Beltrán (dirs.): *Comentario a la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, tomo I, 1153-1154; y MONTSERRAT, A. 2008: «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales». *Anuario de Derecho Concursal*, 2008, 14: 91, nota 52.

21. GÓMEZ MENDOZA, M. 2004: «Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales». En AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid: Marcial Pons, tomo III, 2812. También, SÁNCHEZ PAREDES, M. L. 2009: «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso». *Anuario de Derecho Concursal*, 2009, 18: 444.

22. El precepto es taxativo en este aspecto cuando establece que: «de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado». No parece posible adoptar otra solución que no sea la de confirmar el acuerdo, de hecho, sería un supuesto de transacción judicial (arts. 1809 y ss. CC). En este sentido, la gran mayoría de la doctrina es coincidente con esta postura: vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, A. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En Á. Rojo y E. Beltrán (dirs.): *Comentario a la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, tomo I, 1152; GÓMEZ MENDOZA, M. 2004: «Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales». En AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro*

acordado²³. Sólo puede resolver en forma negativa en caso de defectos de legitimación o identidad de las partes. Si otros acreedores estiman la resolución fraudulenta o lesiva para sus intereses, deberán impugnar la transacción judicial (art. 415.2 LEC) o ejercer acción de responsabilidad contra la administración concursal (art. 36 LC)²⁴.

Si en la comparecencia se manifestasen discrepancias, las diferencias deberán dirimirse en el incidente concursal (arts. 192-196 LC)²⁵ y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que debe satisfacerse con cargo a la masa (art. 61.2. II LC).

En caso de no comparecencia por alguna de las partes, el cauce por el que discurre el procedimiento será distinto en función de quién sea el ausente. Si no asiste quien impulsa la resolución (concurado o Administración Concursal) se entiende que desiste de su pretensión resolutoria, sin perjuicio de que pueda volver a interponerla en un momento posterior (Disp. Final quinta LC y arts. 20.3 y 442.1 LEC). En cambio, si no compareciere el contratante *in bonis* o la parte concursada no promotora de la resolución, el asunto se resuelve por la vía del incidente concursal, aunque en tal caso

homenaje a Manuel Olivencia. Madrid: Marcial Pons, tomo III, 2813; MARTÍNEZ ROSADO, J. 2004: «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas». En AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid: Marcial Pons, tomo III, 2967; AZNAR GINER, E. 2009: *La resolución del contrato en interés del concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 42; BONARDELL LENZANO, R. 2006: *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 70; y BLASCO GASCÓ, F. 2009: *Declaración de concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 53-54. En sentido contrario, GARCÍA VICENTE, J. R. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Tecnos, vol. I, 698; y HERRERO DE EGAÑA y OCTAVIO DE TOLEDO, F. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En M. A. Fernández-Ballesteros (coord.): *Comentario a la nueva Ley Concursal*. Madrid: Irgium, 328-329. Estos últimos autores exponen que, a pesar de la dicción literal del precepto, el juez es, en última instancia, el garante de los derechos de los acreedores que podrían resultar afectados negativamente por una resolución pactada en términos perjudiciales para los intereses de la masa. Por tanto, el acuerdo podría no aprobarse si el juzgador entendiese que el acuerdo perjudica los intereses del concurso o en general de terceros, ya que la renuncia mutua de los derechos, con correlativo reconocimiento de los del contrario, no ha de perjudicar a terceros (art. 6.2 CC).

23. Acuerdo que puede haber sido alcanzado como fruto de una negociación anterior entre los contratantes, o bien sea el resultado porque el contratante *in bonis* haya aceptado de forma pura y simple la resolución.

24. GARCÍA VICENTE, J. R. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Tecnos, vol. I, 702-703; y BONARDELL LENZANO, R. 2006: *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 70.

25. Para más información sobre las cuestiones procesales relativas al incidente concursal, consúltese la interesante obra de DÍAZ MARTÍNEZ, M. 2012: *El incidente concursal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 95 y ss. *Vid. infra*, en relación a los efectos derivados de la resolución.

sería razonable equiparar el supuesto a la terminación por mutuo disenso, dado que al no presentarse al acto no se ha manifestado una posición contraria al respecto²⁶.

3.5. Efectos

Decidida la resolución, el juez debe acordar «en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa» (art. 61.2 2.º LC). Conforme al sentido literal del precepto, parece que sólo es posible cobrar contra la masa la indemnización, porque el verbo está en tercera persona del singular («las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa»). Sin embargo, consideramos que esta imprecisión obedece a un fallo del legislador, porque el art. 84.2 6.º LC apunta que las restituciones, en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento, constituyen créditos contra la masa²⁷.

Sobre el alcance de la restitución, las obligaciones cumplidas íntegramente por ambos contratantes son firmes y no restituibles. Sólo son reintegrables las prestaciones realizadas por una parte y no por la otra, procediendo la restitución *in natura* cuando lo entregado recaiga sobre cosas ciertas y determinadas (ej.: materias primas o género directamente para reventa), salvo que la devolución no sea posible, en cuyo caso procede reintegrar el equivalente económico. En cuanto a las prestaciones no ejecutadas por ninguna de las partes, la obligación de entrega queda extinta por efecto de la resolución.

Por otro lado, el contratante *in bonis* tiene derecho a una indemnización, siempre y cuando existan daños derivados de la resolución²⁸. Resulta cuestionable si las partes pueden acordar la exclusión del resarcimiento²⁹. En nuestra opinión, sólo es posible cuando la extinción se produce de mutuo acuerdo. Es más, no parece que proceda

26. GARCÍA VICENTE, J. R. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Tecnos, vol. 1, 703 sostiene que, para este caso, debería resultar de aplicación el art. 442. 2 LEC (en relación a lo establecido en la Disp. Final quinta LC), de manera que el juez debería validar el acuerdo en base a dos razones básicas: de un lado, porque la extinción es fruto de un consenso entre las partes y, de otro, porque la parte *in bonis* queda protegida aun procediéndose a la resolución, cobrando la indemnización contra la masa (crédito prededucible).

27. Sobre el particular, *vid.* BELTRÁN, E. 2004: «Comentario al art. 84 LC». En Á. Rojo y E. Beltrán (dirs.): *Comentario a la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, tomo I, 1493-1524, 1519.

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

29. Ésta es la postura de SÁNCHEZ PAREDES, M. L. 2009: «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso». *Anuario de Derecho Concursal*, 2009, 18: 446. La autora defiende que si en el contrato se excluyó el derecho del contratante *in bonis* a percibir una indemnización por daños y perjuicios causados como consecuencia de la resolución, aunque éste pruebe la concurrencia de esos daños y perjuicios, ya no podrá exigir el resarcimiento.

resarcimiento alguno en este supuesto. Si hay acuerdo entre los contratantes es porque desean por igual la terminación y pactan libremente sus consecuencias, a no ser que exista mala fe por uno de ellos. Si hay controversia, en cambio, la indemnización no puede ser excluida porque la parte no concursada se resigna a aceptar una resolución que no desea. El daño, en este caso, equivale al quebrantamiento de las legítimas expectativas que esperaba alcanzar con la completa ejecución del contrato.

En relación al contenido de la indemnización, se discute si debe resarcirse el interés negativo, que implica dejar a la parte *in bonis* en la misma situación en que se encontraba antes de la celebración del contrato; o bien el interés positivo, situación en que estaría en caso de haberlo cumplido íntegramente. En la práctica, el acreedor puede optar entre una de estas modalidades; ahora bien, con independencia de la opción elegida, deben evitarse las sobrecompensaciones. Por ejemplo, no puede pretenderse el valor de la prestación ajena no entregada sin deducir el coste de la propia contraprestación ahorrada; o no puede reclamarse resarcimiento por los gastos y mejoras hechos en la cosa que se restituye y, al mismo tiempo, la ganancia que se hubiere obtenido de haber enajenado la misma³⁰.

Nos inclinamos por el interés positivo porque entendemos que es preferible no quebrantar las legítimas expectativas que tenía el contratante no promotor de la resolución, siendo ésta la postura acogida por los textos de Derecho uniforme (*cf.* arts. 74 CISG, 9:502 PECL; 7.4.2 PICC). Además, la justificación, en palabras de CARRASCO, se apoya en que la jurisprudencia nunca ha negado consciente y decididamente que el acreedor que resuelve pueda ser resarcido en el interés de cumplimiento perdido³¹.

4. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

La LC mantiene los mecanismos proporcionados por el Derecho común para la defensa de los derechos de crédito lesionados. Queda expresamente reconocida la resolución por incumplimiento de los contratos durante el procedimiento concursal: «La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad

30. Sobre los límites a la elección de acreedor, *vid.* CARRASCO PERERA, Á. 2010: *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Aranzadi, 1183-1184.

31. CARRASCO PERERA, Á. 2010: *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Aranzadi, 1181-1182. *Vid.*, además, PANTALEÓN PRIETO, F. 1989: «Resolución por incumplimiento e indemnización». *Anuario de Derecho Civil*, 1989, 4: 1143-1168, 1149 y ss.; RALES MORENO, A. M. 2010: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Cizur Menor: Aranzadi, 187; y LLAMAS POMBO, E. 1999: *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: entre la «aestimatio rei» y el «id quod interest»*. Madrid: Trivium, 200-206.

de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso» (art. 62.1 LC). La LC no menciona la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), ni tampoco la excepción por riesgo de incumplimiento, que faculta a una parte para negar su prestación cuando existe cierto riesgo fundado de que la otra no cumplirá la suya. A pesar del silencio legal, ambas excepciones resultan admitidas por la doctrina concursal³².

De conformidad con el art. 62.1 LC, la resolución en contratos de tracto único sólo procede cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso. En cambio, en los de tracto sucesivo cabe su ejercicio independientemente del momento en que resulte incumplida la obligación (anterior o posterior). Este tratamiento diferido se justifica por la distinta naturaleza contemplada en ambos tipos de contratos. En las relaciones de tracto sucesivo, cuya ejecución se extiende en el tiempo, la resolución no se plantea únicamente por la gravedad de un solo incumplimiento, sino también cuando se produce de forma reiterada. Por esta razón, la ley permite considerar también los incumplimientos anteriores a la declaración³³.

Por otra parte, la resolución por incumplimiento parece proceder únicamente en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes (por la remisión del art. 62.1 LC al 61.2 LC). Sin embargo, su ejercicio no queda expresamente excluido para los contratos ejecutados íntegramente por un contratante (art. 61.1 LC) o para los de tracto único cuando el incumplimiento es anterior a la declaración de concurso (descartados por el art. 62.1 LC). Simplemente no se tramita por el régimen del art. 62 LC, sino por las reglas generales para el ejercicio de las acciones individuales (arts. 50 y ss.) y de calificación de los créditos concursales (art. 61.1 LC)³⁴.

32. Entre otros: GARCÍA VICENTE, J. R. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Tecnos, vol. I, 679; SÁNCHEZ PAREDES, M. L. 2009: «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso». *Anuario de Derecho Concursal*, 2009, 18: 446; y ANTÓN SANCHO, M. 2014: «Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores». *Anuario de Derecho Concursal*, 2014, 32: 321-322.

33. GARCÍA VICENTE, J. R. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Tecnos, vol. I, 688 y ANTÓN SANCHO, M. 2014: «Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores». *Anuario de Derecho Concursal*, 2014, 32: 312.

34. GARCÍA VICENTE, J. R. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Tecnos, vol. I, 676.

4.1. Presupuestos para su ejercicio

La resolución constituye una facultad voluntaria para el contratante perjudicado por el incumplimiento³⁵, pudiendo optar por ejercitarla³⁶ o tolerar el agravio producido por la otra parte. Si bien, resulta discutible el supuesto en que el contratante *in bonis* incumple y el concursado o la Administración Concursal no impulsan la resolución, siendo dicho contrato poco relevante para la buena marcha del procedimiento³⁷. A nuestro juicio, existe el deber de resolver si resulta beneficioso para el concurso (por ejemplo, si la indemnización obtenida sirve para incrementar significativamente la masa activa).

Para ejercitar la acción resolutoria deben concurrir los presupuestos del art. 1124 CC, desarrollados por la jurisprudencia³⁸.

En primer lugar, la obligación infringida debe ser exigible al tiempo del incumplimiento. El contratante promotor de la resolución debe haber cumplido previamente su prestación, salvo que todavía no sea exigible. En caso contrario, la otra parte puede alegar la *exceptio non adimpleti contractus*.

También es preciso que el incumplimiento recaiga sobre una obligación de carácter principal. Si es accesoria no cabe interponer la resolución, sólo procede el

35. El art. 1124 CC se configura como un derecho potestativo resolutorio de la parte perjudicada por el incumplimiento y no como una condición resolutoria. La diferencia en cuanto a sus efectos es fundamental. La condición resolutoria despliega su eficacia *ipso iure* una vez que se constata la realización de la condición; mientras que el art. 1124 CC otorga un derecho potestativo. Además, la condición resolutoria excluye la indemnización. *Vid.* ÁLVAREZ VIGARAY, R. 2009: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Granada: Comares, 59 y ss.

36. STS de 26 de marzo de 2015 (RJ/2015/2135).

37. *Vid.* MONTERRAT, A. 2008: «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales». *Anuario de Derecho Concursal*, 2008, 14: 107.

38. Destaca, entre otras muchas, la STS de 16 de abril de 1991 (TOL 1728934): «Reiterada doctrina jurisprudencial exige para la viabilidad de la acción resolutoria la prueba de los siguientes requisitos: 1.º La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron. 2.º La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad. 3.º Que el demandado haya incumplido de forma grave las obligaciones que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia. 4.º Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta de éste que de un modo indubitado, absoluto definitorio e irreparable lo origine. 5.º Que quien ejercita esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es lo que motiva el derecho de resolución de su adversario y lo libera de su compromiso». Para un análisis exhaustivo de tales requisitos desde la óptica tradicional, FERNÁNDEZ CANTOS, J. L. 1960: «La resolución de los contratos por causa de incumplimiento (requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1.124)». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1960: 34-114.

cumplimiento del contrato junto con la oportuna indemnización de daños y perjuicios³⁹ (salvo que la infracción dificulte o impida el cumplimiento de una principal)⁴⁰.

No basta una infracción mínima, debe revestir cierta gravedad (aunque sea parcial)⁴¹ o reiteración en la conducta (contratos de tracto sucesivo) para que sea considerada esencial y provoque la frustración del fin económico del contrato⁴² o de las legítimas expectativas perseguidas por las partes⁴³.

En último lugar, las partes pueden incorporar, ex art. 1255 CC, cláusulas resolutorias expresas que permiten la extinción del contrato ante determinados incumplimientos señalados, cuya gravedad se acredita implícitamente en la citada estipulación. En el concurso, la aceptación de tales cláusulas se evidencia en el art. 90.1 4.º LC, al mencionar la «condición resolutoria».

4.2. Ejercicio de la acción

Declarado el concurso, la acción resolutoria únicamente puede interponerse en sede judicial, por ser competencia exclusiva y excluyente del juez de lo mercantil que esté conociendo del procedimiento concursal (arts. 8.1.º y 62.2 LC). No es posible

39. SSTS de 10 mayo 1989 (RJ/1989/3680); de 22 de marzo de 1993 (RJ/1993/2530); y de 31 de mayo de 2007 (RJ/2007/4336).

40. CARRASCO PERERA, Á. 2010: *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Aranzadi, 1128.

41. *Vid.* DELL'AQUILA, E. 1981: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 186 y ss.; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. 1987: *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. Barcelona: Bosch, 86-88; y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. 2008: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, vol. II, 830 y 831. De gran interés es la previsión contenida en el art. 9:302 PECL: «En un contrato de ejecución fraccionada... El perjudicado únicamente podrá resolver el contrato en su totalidad si el incumplimiento resulta esencial para el conjunto del mismo».

42. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. 2008: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, vol. II, 854 y ss. El autor ensaya una tipología de incumplimientos esenciales: la imposibilidad sobrevinida fortuita, el incumplimiento del término esencial, defectos de la cosa que la hacen inidónea para el fin perseguido, la imposibilidad de alcanzar los rendimientos y utilidades previstos en el contrato si son de especial trascendencia para una de las partes y la no obtención del fin del contrato.

43. Entre otras, SSTS de 11 de junio de 1979 (RJ/1979/2348); de 8 de febrero de 1980 (RJ/1980/933); de 28 de febrero de 1980 (RJ/1980/1015); de 11 de diciembre de 1980 (RJ/1980/4745); de 28 de febrero de 1981 (RJ/1981/636); de 15 de abril de 1981 (RJ/1981/2051); de 19 de mayo de 1981 (RJ/1981/2082); de 30 de octubre de 1981 (RJ/1981/5346); de 15 de abril de 1982 (RJ/1982/1952); de 4 de mayo de 1982 (RJ/1982/2553); de 17 de mayo de 1982 (RJ/1982/2577); de 11 de octubre de 1982 (RJ/1982/5551); de 7 de febrero de 1983 (RJ/1983/864); de 23 de septiembre de 1986 (RJ/1986/4783); y de 5 de diciembre de 2002 (RJ/2002/10432).

proceder extrajudicialmente, como sí se permite en situaciones extraconcursoales (art. 1124 CC), aunque la doctrina considera innecesaria esta prohibición porque al final es el juez del concurso quien decide si procede o no la resolución⁴⁴.

Ha de tramitarse por el incidente concursal (art. 62.2 LC), correspondiendo su ejercicio a la parte cumplidora o que haya estado dispuesta a cumplir, bien el concursado (personalmente en caso de intervención o Administración Concursal en caso de suspensión) o bien el contratante *in bonis*. No obstante, algunos autores defienden la posibilidad de resolución por la parte infractora para evitar que el incumplimiento continúe generando consecuencias negativas⁴⁵. A nuestro juicio, tal decisión compete en exclusiva a la parte perjudicada, quien debe decidir, a su riesgo, si continua o resuelve la relación. En todo caso, la parte incumplidora podrá comunicar su infracción a la otra para que considere una decisión.

En relación al plazo, tampoco regula nada la LC. Por tanto, el perjudicado debe interponer la resolución en un tiempo inmediato o razonable desde el incumplimiento. En caso contrario, un ejercicio intempestivo de la acción puede ser desestimado por considerar tolerada la infracción.

4.3. El mantenimiento del contrato en interés del concurso

Pese a la existencia de un incumplimiento resolutorio, la LC faculta al juez para ordenar el mantenimiento del contrato en interés del concurso: «Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el Concurtido» (art. 62.3 LC). Este precepto constituye una importante excepción a la facultad resolutoria, que no impide su ejercicio, pero sí su denegación *a posteriori*. Tal medida queda justificada por el interés del concurso como principio rector del procedimiento⁴⁶.

Con relación a sus efectos, declarado el mantenimiento del contrato por el juez, serán a cargo de la masa «las prestaciones debidas o que deba realizar el Concurtido» (art. 62.3 LC). La ambigüedad de este precepto es incuestionable y genera un grave problema de interpretación. No queda claro cuál es el sentido que pretende

44. MONTSERRAT, A. 2008: «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales». *Anuario de Derecho Concursal*, 2008, 14: 107.

45. FERNÁNDEZ SEJO, J. M. 2013: *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos*. Barcelona: Bosch, 403.

46. Sobre ello, consúltense las SSTs de 18 de diciembre de 2012 (RJ/2013/920) y de 16 de julio de 2014 (RJ/2014/4586).

transmitir cuando se refiere a «las prestaciones debidas o que deba realizar». Las hipótesis manejadas son las siguientes.

La primera, congruente con el sistema de calificación de créditos y que defendemos, entiende por prestaciones debidas las devengadas con posterioridad a la declaración del concurso que todavía no se hayan ejecutado. Y por prestaciones que deba realizar, todas aquellas que se generen tras decretar el mantenimiento del contrato.

La segunda, en cambio, dispone que las prestaciones debidas son todas aquellas que están pendientes de ejecución en el concurso, tanto las anteriores como las posteriores a la declaración. La consecuencia inmediata de esta exégesis es la reconversión de los créditos concursales en créditos contra la masa. De ser así, se estaría alterando muy negativamente la *par conditio creditorum*, por atribuir una ventaja injustificada a un acreedor sobre el resto, que pasa de tener créditos concursales (con su correspondiente clasificación: privilegiados, ordinarios o subordinados) y contra la masa, a disponer exclusivamente de créditos contra la masa, con la preferencia de pago que ello implica.

Sorprendentemente, esta segunda interpretación es la adoptada por la jurisprudencia: «La interpretación literal de la norma, primero de los criterios aplicables a tenor del art. 3.1 del Código Civil, apunta claramente a que, en el caso previsto, todas las prestaciones debidas por el concursado sean a cargo de la masa»⁴⁷.

La medida tendría cierto sentido (y recalcamos el término «cierto» porque no estamos de acuerdo con esta solución) si el precepto aludiera exclusivamente al incumplimiento de la parte concursada, de manera que la reconversión de los créditos (contra la masa) fuera una forma de compensar al contratante *in bonis*, quien se ve impedido de extinguir la relación, aun existiendo un motivo justificado. Pero el art. 62.3 LC no distingue entre el incumplimiento de la parte *in bonis* y del concursado. Por esta razón, no entendemos acertada esta interpretación. Imaginemos por un momento que la parte no concursada es el infractor y el concursado quien soporta el incumplimiento. Si este último interpone la resolución (justificada) y el juez decreta el mantenimiento, el resultado final es muy beneficioso para el contratante incumplidor, cuyos créditos gozan ahora un cobro preferencial. La LC está premiando su conducta ilícita.

Además, si los créditos concursales, ahora reconvertidos, son de un valor muy elevado, el resto de acreedores observarán notablemente reducidas sus posibilidades

47. STS de 21 de marzo de 2012 (RJ/2012/5571). En el mismo sentido parece pronunciarse la STS de 26 de febrero de 2013 (RJ/2013/2412): «La continuación del contrato conllevará, para la parte *in bonis*, que se le abonen con cargo a la masa todas prestaciones debidas y las que se devenguen, en el caso de contratos de tracto sucesivo, en el futuro como consecuencia de la continuación del contrato (art. 62.3 LC)». En la doctrina, también defienden esta posición MIARATA COROMINAS, J. 2008: «El privilegio específico del art. 62.3 de la Ley concursal». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2008, 9: 225-240, 230 y ss.; y FERNÁNDEZ SEJO, J. M. 2013: *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos*. Barcelona: Bosch, 406.

de cobro por el privilegio del acreedor incumplidor. Piénsese, incluso, que éste tenía créditos subordinados, de manera que ahora los cobrará en primer lugar cuando le correspondía hacerlo el último.

Acorde con estos argumentos, entendemos que, conforme a las reglas generales de la LC en materia de créditos, y considerando el resultado injusto que supondría una aplicación estricta del 62.3 LC, debe hacerse una reinterpretación del mismo. El art. 62.3 LC, al mencionar las «prestaciones debidas», no integra dentro de este grupo las vencidas antes y después a la declaración de concurso, sino sólo las posteriores que todavía no se hayan ejecutado. En cuanto a las «que deba realizar», son las que se van a generar en el futuro, una vez decretado el mantenimiento del contrato. Las prestaciones anteriores a la declaración son, por tanto, concursales (arts. 61.1 y 62.4 LC)⁴⁸ y deben abonarse en su momento y con la preferencia que establece el sistema de clasificación de créditos de la LC.

4.4. Efectos

En relación a los efectos derivados de la resolución, dispone la LC:

Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda (art. 62.4 LC).

En función del vencimiento y del grado de cumplimiento de las obligaciones al tiempo de la resolución, el tratamiento será diverso. En cuanto a las obligaciones no vencidas, se extinguen por acción de la extinción, por impedir que el contrato continúe vigente al tiempo de resultar exigibles. Esta situación es más frecuente en los contratos de tracto sucesivo con prestaciones autónomas, pero también se produce en los de tracto único con pago aplazado de la obligación (en los plazos no vencidos).

48. En este sentido se pronuncia la SAP de Murcia de 29 de octubre de 2007 (AC/2008/261). Muy acertadamente, GARCÍA VICENTE, J. R. 2008: «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso». *Anuario de Derecho Concursal*, 2008, 13: 349-362, 355 sostiene esta idea y entiende que la redacción del precepto obedece a un importante defecto técnico notable ocasionado por la falta de expresión indubitada de la regla de la subsanación o la contraria. De la misma opinión: GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B. 2013: «Cumplimiento del contrato en interés del concurso y créditos contra la masa». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2013, 92: 13-27, 24 y ss.

Las obligaciones vencidas y no cumplidas por ninguna de las partes también quedan suprimidas por efecto de la resolución.

Ningún problema plantea las prestaciones vencidas y cumplidas por ambas partes, que no se ven afectadas por la extinción (*ex nunc*).

Mayores atenciones precisan las vencidas y cumplidas sólo por un contratante. Si el incumplimiento del concursado es anterior a la declaración, el crédito originado se integra en la masa pasiva de concurso (arts. 49.1, 61.1 y 62.4 LC), siendo pagadero contra la masa si fuera posterior (arts. 62.4 y 84.2 6.º LC).

En torno a la indemnización por los daños y perjuicios, se integra como un crédito resultante de la resolución. En los contratos de tracto sucesivo, la calificación del resarcimiento será concursal o contra la masa en función del momento en que se haya producido el incumplimiento (por el concursado), antes o después de la declaración de concurso (art. 62.4 LC). En los de tracto único, el resarcimiento se paga exclusivamente contra la masa porque el art. 62.1 LC sólo permite la resolución por incumplimiento en cuando la infracción se produce con posterioridad a la declaración. Siendo la parte *in bonis* incumplidora, la indemnización se sumará a la masa activa.

Ahora bien, como medio preventivo ante un posible incumplimiento, es frecuente la inclusión de cláusulas punitivas en el contrato. En tal caso, el crédito derivado de dicha cláusula ha de ser concursal subordinado, de conformidad con la calificación que merecen las multas y demás sanciones pecuniarias (art. 92. 4.º LC). Si la cláusula estuviera exclusivamente destinada al pago anticipado de los daños de resolución, cabe la posibilidad de su moderación judicial (art. 65.3 LC por analogía) cuando se cubran suficientemente los daños. Todo ello sin perjuicio de que el acreedor *in bonis* reclame responsabilidad a la Administración Concursal (art. 36 LC).

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VIGARAY, R. 2009: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Granada: Comares.
- ANTÓN SANCHO, M. 2014: «Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores». *Anuario de Derecho Concursal*, 2014, 32: 285-325, 297.
- AZNAR GINER, E. 2009: *La resolución del contrato en interés del concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BELTRÁN, E. 2004: «Comentario al art. 84 LC». En Á. Rojo y E. Beltrán (dirs.): *Comentario a la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, tomo I, 1493-1524, 1519.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, N. 2002: *Créditos y quiebra*. Madrid: Civitas.
- BLASCO GASCÓ, F. 2009: *Declaración de concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BONARDELL LENZANO, R. 2006: *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARRASCO PERERA, Á. 2010: *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Aranzadi.

- DELL'AQUILA, E. 1981: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. 2008: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, vol. II.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. 2015: «Tratamiento concursal de los contratos de distribución» En M. Á. Alcalá Díaz: *Los contratos de distribución comercial: aspectos económicos y jurídicos*. Barcelona: Bosch, 347-374.
- FERNÁNDEZ CANTOS, J. L. 1960: «La resolución de los contratos por causa de incumplimiento (requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1.124)». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1960: 34-114.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. 2013: *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos*. Barcelona: Bosch.
- GARCÍA VICENTE, J. R. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Tecnos, vol. I, 669-717.
- GARCÍA VICENTE, J. R. 2008: «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso». *Anuario de Derecho Concursal*, 2008, 13: 349-362.
- GÓMEZ MENDOZA, M. 2004: «Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales». En AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid: Marcial Pons, tomo III, 2787-2828.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B. 2013: «Cumplimiento del contrato en interés del concurso y créditos contra la masa». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2013, 92: 13-27.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. 1987: *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. Barcelona: Bosch.
- HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO, F. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En M. A. Fernández-Ballesteros (coord.): *Comentario a la nueva Ley Concursal*. Madrid: Irgium, 319-338.
- JUAN Y MATEU, F. 2008: «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada». *Anuario de Derecho Concursal*, 2008, 13: 115-151.
- LARA GONZÁLEZ, R. 1998: *Las causas de extinción del contrato de agencia*. Madrid: Civitas.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A. 2004: «Comentario a los arts. 61 a 63». En Á. Rojo y E. Beltrán (dirs.): *Comentario a la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, tomo I, 1109-1188.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A. 2004: «Comentario al art. 44 LC». En Á. Rojo y E. Beltrán (dirs.): *Comentario a la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, tomo I, 902-925.
- MIARATA COROMINAS, J. 2008: «El privilegio específico del art. 62.3 de la Ley concursal». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2008, 9: 225-240.
- MONEREO PÉREZ, J. L. 2006: *La conservación de la empresa en la ley concursal. Aspectos laborales*. Valladolid: Lex Nova.
- MONTSERRAT, A. 2008: «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales». *Anuario de Derecho Concursal*, 2008, 14: 71-120, 73.
- PANTALEÓN PRIETO, F. 1989: «Resolución por incumplimiento e indemnización». *Anuario de Derecho Civil*, 1989, 4: 1143-1168.
- SÁNCHEZ PAREDES, M. L. 2009: «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso». *Anuario de Derecho Concursal*, 2009, 18: 423-473, 429-431.
- TIRADO MARTÍ, I. 2009: «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal». *Anuario de Derecho Civil*, 2009, 3: 1055-1107.