



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Incumplimiento contractual, perjuicios al concurso y subordinación del crédito

Ricard Tàsies Beleta

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Procesal

**INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL,
PERJUICIOS AL CONCURSO Y
SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO**

Director: Dr. Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol

RICARD TÀSIES BELETA

BARCELONA, 2018

RESUM

La finalitat d'aquest treball és analitzar l'incompliment contractual en el concurs de creditors, especialment en la seva relació amb els perjudicis al concurs i les seves conseqüències, en concret la subordinació del crèdit. La norma general de la resolució per incompliment contractual determinava la resolució del contracte davant la ruptura de l'equilibri d'equivalència de prestacions, concepte que en el concurs de creditors té un tracte diferent segons que les obligacions estiguin o no pendents de compliment en el moment de la seva declaració. Els efectes de l'incompliment dels contractes i les seves implicacions requereix un estudi detallat del contingut de les obligacions recíproques, de la seva naturalesa jurídica sinal·lagmàtica i de la interdependència d'aquestes obligacions des del punt de vista de la causa del contracte i de la causa eficient de les obligacions recíproques.

RESUMEN

La finalidad de este trabajo es analizar el incumplimiento contractual en el concurso de acreedores, especialmente en su relación a los perjuicios al concurso y sus consecuencias, en concreto la subordinación del crédito. La norma general de la resolución por incumplimiento contractual determinaba la resolución del contrato ante la ruptura del equilibrio de equivalencia de prestaciones, concepto que en el concurso de acreedores tiene un trato diferente según que las obligaciones estén o no pendientes de cumplimiento en el momento de su declaración. Los efectos del incumplimiento de los contratos y sus implicaciones requieren un estudio detallado del contenido de las obligaciones recíprocas, de su naturaleza jurídica sinalagmática y de la interdependencia de estas obligaciones desde el punto de vista de la causa del contrato y de la causa eficiente de las obligaciones recíprocas.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the breach of contract in the bankruptcy proceedings, especially in relation to the damages to the bankruptcy and its consequences, specifically the subordination of the credit. The general rule of

the resolution for breach of contract determined the termination of the contract before the breach of the balance of equivalence of benefits, a concept that in the bankruptcy proceedings has a different treatment according to whether the obligations are pending or not at the time of its declaration. The effects of the breach of contracts and their implications requires a detailed study of the content of the reciprocal obligations, their legal nature and the interdependence of these obligations from the point of view of the cause of the contract and the efficient cause of the reciprocal obligations.

ÍNDICE

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, PERJUICIOS AL CONCURSO Y SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO

I. INTRODUCCIÓN.	17
II. EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS.....	21
A) ANÁLISIS PRELIMINAR DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS. 21	
1. Origen dogmático.	21
2. El concepto de sinalagma.	22
3. Naturaleza jurídica de la relación sinalagmática. El sinalagma como condición necesaria de la relación bilateral.	23
3.1. Contrato sinalagmático genético y contrato sinalagmático funcional.	25
3.2. El principio de equilibrio en la relación sinalagmática.	27
3.2.1. La ruptura del principio de equilibrio en la relación sinalagmática.....	29
3.2.2. Inexistencia de sinalagma.....	29
4. El sinalagma en nuestro derecho positivo.	30
4.1. El cumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas en el Código civil y su necesidad de reforma.....	31

4.1.1. La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos.	32
4.2. Los supuestos resolutorios en Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.	34
4.2.1. Los remedios al incumplimiento en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.	35
5. Naturaleza jurídica de los contratos con obligaciones recíprocas o bilaterales frente a los contratos unilaterales.	36
5.1. Mutuo condicionamiento de la relación sinalagmática.	36
5.2. Bilateralidad del negocio jurídico: bilateralidad formal y bilateralidad material.	38
5.3. Consensualidad y mutua interdependencia de las obligaciones recíprocas.	39
6. La causa del negocio jurídico con obligaciones recíprocas.	41
6.1. Causa del contrato y finalidad del contrato.	42
6.2. Mutua relación entre las causas de los contratos con obligaciones recíprocas.	43
6.2.1. La «causa eficiente» en las obligaciones.	44
6.2.2. La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas.	46
6.2.3. Interdependencia y simultaneidad.	47
6.3. Simultaneidad e incumplimiento.	49
B) LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.	50
7. El sinalagma y su tratamiento en el concurso de acreedores.	50
8. La prestación como objeto de la obligación y su significado en las obligaciones recíprocas.	51
8.1. Las prestaciones de hacer o no hacer en el concurso de acreedores.	52
9. La causa en los contratos sometidos al control del concurso de acreedores.	54
10. Incumplimiento contractual y su trascendencia resolutoria en el concurso.	55
10.1. Prestación y obligación como contenidos del incumplimiento del contrato en sede concursal.	57

10.2.	Incumplimiento y pendencia de cumplimiento.	58
10.2.1.	Inexistencia en concurso de acreedores de una diferenciación entre incumplimiento y pendencia de cumplimiento.	59
10.3.	Distinción entre contrato no cumplido u obligaciones pendientes de cumplimiento y contrato incumplido	60
10.4.	Cumplimiento íntegro y falta de cumplimiento: significado y posiciones doctrinales al respecto.	62
10.4.1.	La suficiencia del incumplimiento y sus requisitos.....	64
10.5.	Restricciones a la resolución por incumplimiento esencial en el concurso de acreedores.	66
11.	La resolución convencional o pacto de <i>lex comisoría</i>	68
11.1.	Indemnidad en concurso de la apropiación del objeto dado en garantía.	70
11.2.	El pacto comisorio y su aplicación después del concurso.....	70
12.	La «teoría del riesgo» y su trascendencia concursal.	71
12.1.	Riesgo por pérdida de la cosa debida.	72
12.2.	Imposibilidad de cumplimiento del contrato y su mantenimiento en interés del concurso.	73
13.	El cumplimiento defectuoso del contrato: supuesto concreto de la acción de saneamiento en el contrato de compraventa.	74
13.1.	Saneamiento por evicción en el marco concursal.	75
13.1.1.	Saneamiento por evicción del crédito principal.	77
13.1.2.	Responsabilidad por evicción en los contratos de <i>leasing</i> y el artículo 61.2 LC.	78
13.1.3.	El <i>leasing</i> como contrato de tracto sucesivo.	79
14.	Cumplimiento defectuoso del contrato.	80
14.1.	Posibilidad de resolución contractual por situaciones sobrevenidas después del concurso.	82
15.	La excepción de contrato no cumplido.	83
15.1.	Limitación a la <i>exceptio non adimpleti contractus</i>	84
15.2.	El contrato no cumplido sujeto a condición o a término.	85
15.2.1.	Efectos concursales de las condiciones suspensivas.	87
15.2.1.1.	Calificación concursal del crédito derivado de la restitución.	88
15.2.2.	Efectos concursales de las condiciones resolutorias.	90

15.2.2.1.	Preferencia de los créditos con condición resolutoria.....	91
15.2.2.2.	Condiciones resolutorias en las pólizas de préstamo y créditos.	91
15.2.3.	Obligaciones condicionales y obligaciones a plazo y su tratamiento en el concurso.....	92
15.2.4.	Compraventa a plazos.....	94
16.	Los contratos con prestaciones accesorias.	95
16.1.	Inaplicabilidad del artículo 61 LC a los contratos con prestaciones accesorias.....	97
16.2.	La fianza como obligación accesoria y su clasificación.....	97
III. LA VIGENCIA DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS EN EL CONCURSO.		99
1.	El mecanismo regulatorio de la vigencia concursal de los contratos con obligaciones recíprocas establecido en el artículo 61 LC.	99
1.1.	Avatares legislativos	99
1.2.	Concepto de vigencia contractual en el concurso.	99
1.3.	Consecuencias de la aplicación del principio de vigencia contractual.	101
1.4.	Eficacia e invalidez de los contratos desde la perspectiva concursal.	101
1.4.1.	Anulabilidad de los actos del concursado.	103
1.4.2.	Efectos de la invalidez del contrato en el concurso.....	104
2.	Vigencia de las situaciones posesorias en el concurso.	104
2.1.	La tercería de dominio y su tratamiento concursal.	106
3.	Vigencia de los contratos e imposibilidad de rescisión por mera declaración de concurso.	107
3.1.	Supuestos que permiten la denuncia unilateral del contrato una vez declarado el concurso.	109
4.	Vigencia de los contratos como consecuencia de la aplicación del principio «en interés del concurso».....	111
5.	El mantenimiento o la resolución de los contratos celebrados con la Administración pública.	113
6.	Inaplicabilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado de los créditos bancarios una vez declarado el concurso.....	116

7.	Exclusión de la norma general del mantenimiento contractual en los contratos preparatorios o precontratos.	117
7.1.	El pacto in contrahendo.....	118
7.2.	La promesa de contrato.	120
7.3.	Naturaleza jurídica del precontrato y teorías al respecto.	121
7.3.1.	Las diferentes orientaciones doctrinales.....	121
7.4.	Sobre los denominados contratos de fijación y su trascendencia concursal.	123
7.5.	El contrato de opción de compra como subespecie del negocio de fijación y su tratamiento en el concurso.....	126
8.	Contratos de tracto sucesivo y de tracto único y su tratamiento concursal.	126
8.1.	Contratos de tracto sucesivo.	127
8.2.	Contratos de tracto único.	128
8.2.1.	Contratos de tracto único después de la declaración de concurso.. ..	129
9.	La rehabilitación de los contratos en el concurso.	129
9.1.	Rehabilitación de los contratos de préstamo y de crédito.	131
9.2.	Rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado.	132
9.3.	Rehabilitación del contrato de suministro.....	134
9.4.	Rehabilitación de los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con precio aplazado y, en particular, de los contratos de <i>leasing</i>	135
9.5.	La rehabilitación del contrato de descuento bancario.	138
9.5.1.	Naturaleza jurídica del contrato de descuento.....	139
9.5.2.	El descuento bancario una vez declarado el concurso de acreedores.....	140
9.5.3.	La rehabilitación del contrato de descuento y sus implicaciones concursales.	143
9.5.4.	Incumplimiento del contrato de descuento posterior al concurso. . .	145
9.5.4.1.	La compensación en el contrato de descuento en sede concursal. Diferencias con la compensación en el contrato de cuenta corriente.	146

10.	El contrato de arrendamiento urbano en sede concursal.	147
10.1.	La enervación del desahucio.....	149
10.1.1.	Requisitos y fundamentos de la facultad enervatoria del desahucio.....	150
IV.	SUPUESTOS CONTRACTUALES DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA GENERAL DEL ARTÍCULO 61 LC.....	153
1.	La regla general del artículo 61 LC.	153
2.	Supuesto del mantenimiento del contrato de préstamo y de las pólizas de crédito en concurso.....	155
2.1.	El contrato de préstamo.....	155
2.2.	La póliza de crédito y su mantenimiento contractual en concurso. ...	157
3.	Resolución en sede concursal del contrato de renta vitalicia.....	160
4.	Contratos de sociedad y su tratamiento en el concurso de acreedores. .	163
4.1.	Naturaleza jurídica del contrato societario.....	165
4.2.	Los efectos del concurso sobre el contrato de sociedad.....	166
4.3.	Concurso de un miembro de una Unidad Temporal de Empresas.	170
5.	El contrato de fianza y su tratamiento en el concurso.	173
5.1.	Reconocimiento del crédito representado por la fianza.	174
5.2.	Calificación del crédito derivado de la fianza.	175
5.3.	Posiciones doctrinales respecto de la fianza en concurso.	177
6.	El contrato de comodato en el concurso de acreedores.	178
7.	El contrato de depósito en el concurso de acreedores.....	180
7.1.	El contrato de depósito unilateral.....	182
7.2.	El contrato de depósito de cuenta corriente como contrato sinalagmático imperfecto.	183
7.3.	Excepciones a la prohibición de compensación en concurso: especial referencia al supuesto de cuenta corriente.....	185
7.4.	El contrato de depósito de bienes muebles: especial referencia al contrato de depósito como accesorio de otro.	186
8.	El contrato de mandato en el concurso de acreedores.	187
8.1.	Extinción del contrato de mandato por concurso.	188

9.	Los contratos con condición suspensiva.....	190
9.1.	La fianza como condición suspensiva.....	192
10.	Los créditos litigiosos.	195
10.1.	La sucesión procesal provocada por la transmisión del objeto litigioso en el concurso de acreedores y el retracto.....	196
11.	El contrato de arras en el concurso de acreedores.	199
12.	El Real Decreto ley 5/2005 de 11 de marzo y los acuerdos de compensación contractual.	202
12.1.	Objetivo del Real Decreto-ley.	202
12.2.	Análisis de la norma y su condición de ley singular.	203
12.3.	Tratamiento concursal de los acuerdos de compensación contractual.....	207
12.4.	En concreto los contratos de permuta financiera de tipos de interés denominados <i>swap</i>	210
13.	El contrato de <i>leasing</i>	212
V.	LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.....	215
1.	La subordinación del crédito. Concepto y fundamentos.	215
2.	El crédito subordinado y su naturaleza de sanción civil.....	218
3.	Las causas de la subordinación en la Ley concursal.....	219
3.1.	Causas exógenas al crédito.	219
3.1.1.	La comunicación tardía del crédito.	220
3.1.2.	El incidente concursal como cauce adecuado para reconocer créditos tardíamente comunicados.	222
3.1.3.	El acreedor especialmente relacionado con el deudor.....	223
3.1.4.	Efectos de la subordinación de créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor.	224
3.1.5.	Subordinación del crédito en los contratos resueltos.	225
3.1.6.	La existencia de la mala fe en la rescisión de los actos del concursado y la subordinación del crédito.	227
3.1.7.	La rescisión de garantías reales y la subordinación del crédito.....	229
3.1.8.	Subordinación del crédito según lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de Regulación del mercado hipotecario.	232

3.2.	Excepciones a los efectos subordinatorios derivados de la rescisión concursal.....	234
3.3.	Excepción a la subordinación de los créditos públicos.	238
3.4.	Supuestos de subordinación del crédito afianzado por personas relacionadas con el concursado.	240
3.4.1.	Tesis literalista en la interpretación del artículo 87.6 LC.....	242
3.4.2.	Tesis finalista en la interpretación del artículo 87.6 LC.....	243
3.5.	Subordinación del crédito indemnizatorio en la resolución de contratos con cláusula penal de naturaleza punitiva.	244
3.5.1.	Consideración de la cláusula penal como pena resarcitoria sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios.	246
3.6.	Causas endógenas al crédito.....	247
3.6.1.	Créditos subordinados por pacto contractual.....	248
3.6.2.	Pacto de subordinación y renuncia de derechos.	250
3.6.3.	Límites y extensión la subordinación derivada de la renuncia de derechos.....	251
3.6.4.	La subordinación contractual en los contratos determinados por la ley. Créditos participativos.....	252
3.6.5.	Créditos por intereses.	255
3.6.6.	Los créditos por intereses con garantía real.....	259
3.6.7.	Subordinación de los intereses remuneratorios o retributivos..	261
3.6.8.	Subordinación de los recargos y apremios por deudas a la Seguridad Social o tributarias.	263
4.	Los efectos de la subordinación en el concurso.....	266
4.1.	Extensión subjetiva de la subordinación.	267
4.2.	Tratamiento concursal del crédito subordinado en casos especiales..	270
4.2.1.	Las costas procesales y su naturaleza jurídica.	271
4.2.1.1.	Exclusión de las costas procesales del ámbito subordinatorio....	273
4.3.	Subordinación de créditos derivados de responsabilidad extracontractual a favor de persona especialmente relacionada.....	276
VI.	SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO COMO CONSECUENCIA DE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN PERJUICIO DEL INTERÉS DEL CONCURSO.....	279

1. El apartado 7º del artículo 92 LC como presupuesto determinante de la subordinación: justificación del precepto.....	279
2. Fundamento y causas de la subordinación.....	281
3. Contratos a los que afecta la norma subordinatoria. Contratos bilaterales necesariamente sinalagmáticos.	286
3.1. Contratos en vigor y rehabilitados.	289
3.2. Exclusión de los contratos celebrados con las Administraciones públicas.	291
3.2.1. Fundamentos jurídicos de la inaplicabilidad del artículo 92.7 a los contratos administrativos.	292
3.2.2. Rechazo <i>in limine litis</i> del incidente sobre postergación del crédito por obstaculización del cumplimiento de un contrato de índole administrativa.....	293
3.2.3. Contratos privados celebrados por la Administración y su sujeción a la Ley concursal.	295
4. El origen del crédito a subordinar. Necesidad de que el crédito derive del contrato obstaculizado.....	296
4.1. Posibilidad de subordinar créditos contra la masa.	299
4.2. Subordinabilidad de las indemnizaciones.	301
5. El supuesto de obstaculización a la resolución del contrato.....	304
5.1. Rescisión y resolución contractual: figuras jurídicas no coincidentes que dificultan la aplicación analógica del artículo 73.3 LC para subordinar el crédito en caso de oposición a la resolución del contrato en sede concursal.	306
5.2. Requisitos de aplicabilidad: irrelevancia del cumplimiento del contrato y primacía del principio de obstaculización.....	308
6. Posición del titular del crédito subordinable.	310
6.1. Ámbito objetivo de la sanción subordinatoria.	310
6.2. Ámbito subjetivo de la sanción subordinatoria.	311
6.3. Ámbito temporal.	313
6.4. Posible intervención de terceros en el proceso obstaculizador a través del derecho de retención.	315
6.4.1. El derecho de retención en sede concursal.	316
6.4.2. El supuesto especial del derecho de retención por obras.	318

6.4.3.	Distinción entre la retención posesoria prendaria y el derecho de retención.	319
6.4.3.1.	La prenda ordinaria sobre derechos y sobre créditos futuros.	321
6.5.	Conducta activa o conducta pasiva del incumplidor.	322
7.	Naturaleza jurídica de la norma subordinatoria: teoría sobre su carácter sancionador.	325
7.1.	Características y naturaleza jurídica de la sanción civil.	325
7.2.	Las sanciones civiles en el ámbito concursal.	327
7.2.1.	Sanciones civiles concretas en el concurso de acreedores.	329
8.	Obstaculización perjudicial a los intereses del concurso.	333
8.1.	La conservación de la unidad productiva y el interés del concurso. ...	335
8.2.	Perjuicio patrimonial a la masa activa del concurso.	336
8.3.	Analogía sancionadora y su aplicabilidad.	340
8.4.	Mala fe contractual y analogía en sede concursal en orden a la aplicación de la sanción subordinatoria.	341
8.5.	El ejercicio de la « <i>exceptio non adimpleti contractus</i> » como supuesto de no obstaculización.	344
9.	La sanción subordinatoria y la posible moderación por el Juez del concurso.	346
9.1.	Proporcionalidad entre la sanción subordinatoria y su resultado o finalidad.	350
10.	El perjuicio del concurso como requisito de subordinación.	354
11.	Presupuestos procesales para la solicitud de subordinación.	358
11.1.	El informe de la administración concursal como requisito de procedibilidad.	360
11.2.	El significado de «obstaculización reiterada».	362
11.3.	Los hechos anteriores al concurso y su dificultad para el informe de la administración concursal.	363
12.	El trámite del incidente concursal. Concepto y naturaleza.	365
12.1.	Ámbito de aplicación del incidente concursal.	367
12.2.	La condición de parte en el incidente concursal.	368
12.3.	Intervención de oficio del juez en la tramitación del incidente del artículo 92.7º LC.	369

12.4. ¿Incidente autónomo o posible tramitación en el mismo incidente de impugnación de la lista de acreedores?	370
12.5. Cuándo deben producirse los actos obstaculizadores.....	372
13. Recursos contra la sentencia dictada en el incidente de subordinación.	373
13.1. La autorización de la administración concursal para plantear el recurso de apelación.....	374
VII. CONCLUSIONES.....	377
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	380
IX. JURISPRUDENCIA CITADA.	405
X. LEGISLACIÓN ANALIZADA.....	415

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley concursal representó en su momento la reforma y modernización del régimen de insolvencia, tan deseadas como necesarias. Desde su promulgación, empero, ha tenido que ser revisada en más de treinta ocasiones, no tanto para adaptarla a nuevas y coyunturales situaciones como por el defectuoso planteamiento de alguno de sus institutos. Sea como fuere, la Ley concursal —ley esencialmente procesal por la especial naturaleza del concurso de acreedores— ha introducido algunas variaciones, ciertamente importantes, en el propio derecho sustantivo, al entronizar los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, este último esencial en tanto centraliza en un solo procedimiento todas las cuestiones que afecten a deudor y acreedores.

De ahí que esta impronta legislativa haya tenido incidencia en normas civiles y mercantiles sustantivas que han visto alterado significativamente su contenido ancestral y han tenido que ser reinterpretadas a la luz de las nuevas normas concursales. Así, por ejemplo, la graduación de créditos tradicional ha sido reemplazada por otro catálogo de preferencias que ha reducido drásticamente los privilegios y ha introducido la nueva categoría de créditos subordinados, que son tratados muy severamente por mor de una especie de «discriminación negativa» según su origen y el umbral de su naturaleza jurídica.

La tradicional norma general de la resolución por incumplimiento contractual del artículo 1124 CC y la norma especial del artículo 909.8 Ccom sobre los bienes de dominio ajeno en la quiebra —derogado expresamente por la ley 22/2003— legitimaban, sin más, la resolución del contrato ante la ruptura del equilibrio de equivalencia de prestaciones. Ello, junto con otros supuestos a los

que se refiere este trabajo, se ve constreñido en la Ley concursal por el trato diferenciado que se da en el concurso a las prestaciones que se hallen pendientes de cumplimiento en el momento de la declaración del concurso, según si una o ambas partes tuvieran pendientes las obligaciones a su cargo. Es el mecanismo de los artículos 61.1 y 61.2 LC, que incluye las prestaciones pendientes según el concursado sea acreedor o deudor, en la masa activa o pasiva del concurso, o sencillamente con cargo a la masa.

Estos efectos del incumplimiento de los contratos y sus implicaciones en el concurso —amplias y a veces muy conflictivas dada la variedad de las situaciones contractuales y la consagración de la vigencia concursal de los contratos bilaterales— ha generado una numerosa serie de notables artículos doctrinales de ámbito sectorial, sin perjuicio de su tratamiento más sistemático —pero por ello mismo, menos profundo— en notables obras de comentarios a la legislación concursal.

La finalidad de este trabajo es analizar, de un modo más metódico y completo, el fenómeno que en el seno del concurso produce todo incumplimiento contractual, especialmente en lo que pueda representar tal incumplimiento en relación a los perjuicios al concurso mismo, y las consecuencias que se derivan del tal incumplimiento, en concreto la subordinación del crédito que, como antes decíamos, es materia novedosa.

Para que el estudio sea lo exhaustivo que se requiere hemos realizado un análisis del contenido de las obligaciones recíprocas, de su naturaleza jurídica sinalagmática y de la condicionalidad o interdependencia de estas obligaciones, con incidencia en la causa del contrato y, en general, en la causa eficiente de las obligaciones recíprocas. Esta materia se desarrolla en la primera parte del capítulo primero. En la segunda parte del mismo capítulo se estudia la relación sinalagmática en el seno del concurso de acreedores y la significación jurídica y los efectos de incumplimiento contractual, haciendo también especial hincapié en el cumplimiento defectuoso, ya sea por evicción o por contrato no enteramente cumplido o por otras causas, y el significado jurídico concreto en sede concursal del cumplimiento de las condiciones resolutorias.

En el segundo capítulo estudiamos el mecanismo de regulación de la denominada vigencia concursal de los contratos con obligaciones recíprocas, al tiempo que se realiza un análisis de la trascendencia en el concurso de acreedores de los diferentes y variados pactos y contratos a los que puede afectar, como, por ejemplo, la promesa de contrato, los contratos de tracto único o de tracto sucesivo y la rehabilitación del contrato como remedio práctico a la resolución por incumplimiento.

En el capítulo siguiente se analizan con detenimiento los diferentes supuestos contractuales a los que se aplica —o no— el artículo 61 LC, como los contratos de préstamo, de sociedad, fianza, etc. Y en el capítulo cinco se entra ya en el examen de la subordinación del crédito en el concurso de acreedores, ensayando una teoría de sus causas exógenas y las excepciones a la subordinación en determinados supuestos; en cuanto a las causas endógenas, es decir, las pertenecientes a la esfera íntima del contrato nos referimos a la subordinación por pacto contractual, los intereses y los recargos y apremios.

Por último, y como colofón del núcleo esencial del trabajo —el incumplimiento contractual y el perjuicio al concurso—, en el capítulo seis se hace forzosa referencia a la subordinación del crédito como consecuencia de la resolución de los contratos en perjuicio del concurso, cerrando así el círculo teórico propuesto al inicio de la tesis de este trabajo —resolución y perjuicio—, cuyo efecto esencial es la subordinación del crédito. Para ello estudiamos la naturaleza jurídica, fundamentos y efectos de esta subordinación —prevista esencialmente en el artículo 92.7º LC, pero también en otros artículos del texto legal— centrándonos en qué contratos son los afectados y a qué tipos de créditos atañe, junto con los requisitos de aplicabilidad en razón del incumplimiento y los ámbitos objetivo, subjetivo y temporal de la sanción de subordinación, su propia naturaleza jurídica como tal sanción y los presupuestos procesales para su aplicación por el juez del concurso y sus efectos.

La trascendencia del tema estudiado —es obvio— nos enfrenta a un reto que invita a mayores estudios del tema a partir de los presupuestos teóricos analizados y, como no puede ser de otra forma, de la variable jurisprudencia que

todavía, a pesar del tiempo transcurrido desde la promulgación de la Ley concursal, no ha sedimentado de forma pacífica en algunos de los aspectos más discutidos y polémicos de la ley.

II. EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS.

A) ANÁLISIS PRELIMINAR DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS.

1. Origen dogmático.

El concepto básico de contrato como acuerdo entre las partes arranca de la idea romana del intercambio de prestaciones basado en el *do ut des*, o reciprocidad entre lo que se entrega y lo que se espera recibir.

La idea clásica de contrato (creada básicamente por el jurisconsulto romano GAYO¹) dividía a este en dos grandes grupos: unilaterales y bilaterales, y estos últimos en perfectos e imperfectos², cuya consensualidad conforma y determina las llamadas obligaciones recíprocas frente a los contratos unilaterales que originan obligaciones para una sola de las partes³.

¹ Véase *Antología de textos jurídicos de Roma*, «Gaius: Institutiones», recopiladas por ÁLVARO D'ORS, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1943, págs. 132 y ss.

² Considerado el contrato perfecto como aquel en que todas las obligaciones surgen en el momento mismo de perfeccionarse el contrato, e imperfecto como aquel que nace como unilateral pero que en su cumplimiento surge una obligación para la parte que estaba eximida de ella, de acuerdo con la definición de RUGGIERO, ROBERTO DE, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, vol. I, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1944, pág. 264.

³ GAYO, I, 3,155: «Hay contrato de mandato cuando mandamos algo, bien en interés propio bien en interés ajeno. Así, pues, si te mando que hagas un negocio, bien mío, bien de otro, se contrae la obligación de mandato, y quedamos obligados uno y otro recíprocamente, en lo que cada uno deba hacer al otro, según la buena fe. [...] Contratos consensuales son la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato. Y decimos que por estos solos modos se contrae la obligación consensualmente porque

En el derecho clásico no se imaginaba propiamente una interdependencia entre las prestaciones y las obligaciones recíprocas. Los contratos bilaterales se concebían más bien como un pacto con obligaciones correspondientes nacidas de un concurso de voluntades, con causas autónomas y sin interdependencia mutua.

Desde la época clásica se conviene, pues, que aun siendo las obligaciones recíprocas independientes entre sí la bilateralidad genera derechos y obligaciones mutuos entre las partes como una consecuencia necesaria de la correspondencia de las prestaciones nacidas de un contrato consensual⁴.

2. El concepto de sinalagma.

La idea de contrato bilateral sinalagmático fue introducida por los compiladores justinianos con el fin de aclarar lo que significaba el concepto de contrato, produciéndose una confusión doctrinal que equiparaba el sinalagma a un negocio jurídico bilateral cuyas obligaciones estaban condicionadas mutua y recíprocamente⁵.

La noción de sinalagma fue incorporada al derecho romano a partir de la concepción griega de contrato como pacto con obligaciones mutuas existentes en

no es preciso el empleo de palabras ni escritura, sino que basta con que las partes contratantes consientan».

⁴ Para un estudio completo de la historia del contrato véase el trabajo de PARICIO SERRANO, JAVIER, con cita de abundante bibliografía especializada, «Una historia del contrato en la jurisprudencia romana», en *Historia del Derecho Romano y su recepción europea*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2010, págs. 73 a 114.

⁵ Esta es la opinión, entre otros, de PÉREZ GONZÁLEZ, BLAS Y ALGUER, JOSÉ, en *Notas al derecho de obligaciones de Enneccerus-Lehmann*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1954, tomo I, pág. 163.; PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho civil. Derecho de las obligaciones*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1988, tomo I, vol. II, pág. 148; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, Dykinson, S.L., Madrid, 2008, pág. 119.

los contratos consensuales particularmente⁶, hasta el punto de entenderse sinónimos en el derecho medieval (el ejemplo más representativo es el pacto de compraventa): se consideraba de hecho una misma cosa el sinalagma y el contrato de compraventa por basarse fundamentalmente en un intercambio de prestaciones inescindible.

Esta concepción habrá de prolongarse hasta la llegada del movimiento codificador en el siglo XIX. Así, por ejemplo, el Code civil francés entiende —y lo define expresamente— que la bilateralidad consiste en generar obligaciones recíprocas e interdependientes con una causa mutua, donde el sinalagma presupone que una obligación depende o está en función de la otra, y por ello debe ser de cumplimiento simultáneo o sincrónico, lo que justifica, en caso de incumplimiento de una cualquiera de las prestaciones correlativas, la interrupción del cumplimiento de la otra prestación. Es lo que, a la postre, contempla nuestro artículo 1124 CC respecto al cumplimiento de las obligaciones bilaterales de forma mutua y simultánea, recíproca e interdependiente, siendo la una contrapartida de la otra y en la que las partes son acreedoras y deudoras a la vez. En definitiva, en las obligaciones en las que existe sinalagma (conocidas indistintamente como bilaterales, sinalagmáticas o recíprocas) se produce una «condicionalidad mutua»⁷.

3. Naturaleza jurídica de la relación sinalagmática. El sinalagma como condición necesaria de la relación bilateral.

⁶ El jurisconsulto (*ius prudens*) más importante de su época, Labeón, contemplaba la «bilateralidad» como una relación sinalagmática, idea que se recogió en el Digesto (Ulp. 11 ad Ed., D. 50.16.19: «*contractum autem ultro citroque obligationem, quod graeci sinallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam*») para distinguir entre lo que es un acto jurídico cualquiera y un contrato determinante de obligaciones mutuas entre las partes, que nacen la una de la otra.

⁷ Definición de BONET RAMÓN, FRANCISCO, *Código civil: comentado con sus apéndices forales*, Editorial Aguilar, S.A. De Ediciones, Madrid, 1964, pág. 842.

La relación sinalagmática existente en un contrato bilateral es la fuente u origen de la producción de obligaciones recíprocas e interdependientes, con causa mutua o compartida. No otro es el sentido último del artículo 1124 CC del que se deduce la naturaleza jurídica de la relación sinalagmática, es decir, la correlación existente entre prestaciones mutuamente condicionadas en la que las partes son deudoras y acreedoras a la vez. La correcta inteligencia de la relación sinalagmática que se da en las obligaciones bilaterales lo constituye el fenómeno de mutua y simultánea interdependencia de las prestaciones derivadas de las obligaciones contractuales, en las cuales una es contrapartida de la otra y, además, con causa recíproca⁸.

El sinalagma está presente en el nacimiento de la relación obligatoria y se concibe como el nexo que une el deber prestacional de una de las partes con la obligación de la otra parte, de forma que aquel deber es la causa de la obligación de la segunda. De esta forma, cada una de las obligaciones recíprocas sólo se concibe y tiene sentido en función de la otra. Esta condicionalidad y mutua interdependencia es lo que denominamos relación sinalagmática.

El sinalagma es la condición necesaria de la bilateralidad sin cuya existencia no es posible hablar de contratos bilaterales o recíprocos, porque las obligaciones recíprocas se refieren a la imprescindible simetría que debe existir en este tipo de contratos: el sinalagma presupone que en las obligaciones derivadas del contrato una está en función de la otra y su cumplimiento debe ser simultáneo⁹.

⁸ Esta idea se encuentra en los artículos 1254, 1255 y 1261 CC en cuanto establece que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio con libertad de pactos y siempre que no sea contrario a la ley, a la moral, o al orden público, no existiendo el contrato sino cuando concurren los requisitos de consentimiento, objeto y causa de la obligación.

⁹ Una de las consecuencias de la relación sinalagmática es la posibilidad de excepcionar el incumplimiento contractual precisamente en base a este cumplimiento simultáneo «de tal suerte que la parte que ha cumplido su obligación, o ha ofrecido cumplirla, puede exigir a la otra que cumpla con la suya, o rehusar el cumplimiento por su parte». STS de 15 de noviembre de 1993.

3.1. Contrato sinalagmático genético y contrato sinalagmático funcional.

Las obligaciones recíprocas generan vínculos entre las partes las cuales quedan obligadas a realizar una determinada prestación, entendida ésta como una actividad encaminada a dar una cosa o a prestar un servicio (artículo 1254 CC). Suele distinguirse doctrinalmente entre sinalagma genético y funcional¹⁰.

El sinalagma genético alude al origen o nacimiento de la relación contractual que liga a las partes y en la que cada prestación a cumplir por una cualquiera de ellas es, en realidad, el origen y la causa generadora de la obligación para la otra parte, que queda así obligada inexorablemente a ejecutar su prestación. El sinalagma funcional, por su parte, hace referencia al contenido global de ambas prestaciones, a la ligazón que conforma todo el negocio jurídico en sí mismo, como una especie de trabazón de la que no pueden desligarse las partes so pena de romper el mismo vínculo contractual y que determina el destino del contrato y su cumplimiento de forma simultánea, incluso en el supuesto de imposibilidad de cumplimiento¹¹.

En otras palabras, dentro de la relación obligacional el contenido específico de la prestación instauro para cada parte la base o fundamento por cuyo motivo queda obligada e impelida a realizar la prestación que le incumbe, y es por ello

¹⁰ Distinción que proviene de la doctrina alemana de la dependencia contractual genética o funcional (*genestische Abhangigkeit* y la *funktionale Abhangigkeit*).

¹¹ GÓMEZ VÁSQUEZ, CARLOS FERNANDO, «Riesgo contractual y extinción del contrato», *Revista Opinión Jurídica*, vol. 5, nº 10, Universidad de Medellín, 2006, págs. 123-140: «El sinalagma no es una exigencia exclusiva de la formación y celebración del contrato, pues en lo que constituye un control causal-funcional del contrato, y requiere, para que se produzcan atribuciones patrimoniales acordes con los principios del orden público económico, que la interdependencia obligacional se mantenga aun en el momento de ejecución de las prestaciones (sinalagma funcional). Por lo tanto, cuando la obligación de una de las partes se extingue, por imposibilidad sobrevinida no imputable (lo que, como se sabe, implica la liberación del deudor), el sinalagma funcional desaparece, afectando por obvias razones la estructura interna del contrato bilateral. Y entonces, como el contrato es la fuente de la obligación de la contraparte, ésta debe entenderse también liberada de su prestación, pues de lo contrario se consideraría obligada sin la necesaria correspondencia a que alude el sinalagma».

que el sinalagma genético apunta directamente a la simultaneidad de las obligaciones mientras que el funcional se refiere al contenido de la prestación en sí misma¹².

Podría pensarse que el concepto de sinalagma funcional —que solo puede predicarse de las obligaciones bilaterales— es algo innecesario en la dogmática jurídica porque, si bien demuestra la interdependencia de las prestaciones, no es menos cierto que la noción misma de contrato bilateral exige una contraprestación mutua, siendo la distinción doctrinal entre sinalagma genético y funcional algo redundante por cuanto, según el artículo 1254 CC, no es posible realizar una prestación sin la exigencia de una obligación simultánea a la otra parte.

El «doble sinalagma» constituye un nexo o atadura que afecta al comienzo de la relación obligatoria y prosigue hasta el cumplimiento de la obligación, cuya concepción no implica que ambos sean la misma cosa sino que responden a momentos diferentes de la estructura del contrato¹³. Es por ello que algún sector de la doctrina ha sostenido la inutilidad práctica de la distinción entre sinalagma genético y funcional ya que este último puede explicarse mediante la noción de la causa del contrato, evitando de esta forma el posible espejismo de que bilateralidad e interdependencia sean un mismo concepto jurídico¹⁴.

¹² Opinión que sostiene SANJUÁN Y MUÑOZ, ENRIQUE, siguiendo a DÍEZ-PICAZO, en «Sinalagma y concurso de acreedores: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 9 de enero de 2013 sobre el swap y el RD 5/2005», *Diario La Ley*, nº 8057, Sección Doctrina, 8 de abril de 2013.

¹³ Véase más ampliamente PUIG I FERRIOL, LLUÍS, *Manual de Derecho Civil*, «Derecho de obligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría general del contrato», 3ª edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000, pág. 124.

¹⁴ Pueden verse estas ideas en CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE, en *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1985. También, del mismo autor, en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, volumen X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 191, donde se define la función de la causa como «la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan las declaraciones negociales»; y en este sentido la causa será «lo que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera el amparo jurídico».

3.2. El principio de equilibrio en la relación sinalagmática.

La nota característica de la relación sinalagmática como motor del contrato es el «principio de equilibrio» de los intereses de los contratantes, de forma que cada parte obtenga una satisfacción completa a través del cumplimiento de las prestaciones que se presumen equivalentes. Tanto es así que el contrato es susceptible de rescisión —o anulación según el caso— cuando las prestaciones de una parte estén en manifiesta desproporción respecto de la otra. Los ejemplos de los efectos de la quiebra del principio de equilibrio se manifiestan con plena claridad en las anulaciones de las cláusulas contractuales abusivas o la rescisión del pacto contractual por resultar especialmente gravoso su cumplimiento debido a circunstancias sobrevenidas¹⁵.

Este equilibrio entre los intereses de los contratantes es esencial en el nacimiento del sinalagma, de forma que su inexistencia origina la rotura del principio de justicia contractual ya que el contrato no es otra cosa que la concordancia de intereses confrontados¹⁶. Por tanto, la fractura del principio jurídico de la

¹⁵ El Código civil regula estos supuestos en determinados pasajes: por ejemplo el artículo 1502 CC relativo a la suspensión del pago del precio en caso de perturbación en la posesión; el artículo 1484 CC relativo al saneamiento de la cosa vendida; el artículo 1182 CC para el supuesto de ser imposible el cumplimiento por causa no imputable y sobrevenida, etc. Pero no sirve cualquier incumplimiento sino que debe tratarse de una imposibilidad sobrevenida y que esta debe operar, como indica la STS 161/2013 de 7 de marzo, «como causa de extinción del contrato cuando, después de nacida ésta, no es posible legal o materialmente, realizar la prestación, sin que le sea imputable al deudor». En definitiva se trata de la aplicación jurisprudencial de la doctrina *rebus sic stantibus*, principio de derecho que resulta implícito en las cláusulas de un contrato aunque no se haya pactado expresamente y que se sobreentiende latente en todo pacto concertado bajo determinadas condiciones; la alteración imprevisible de estas condiciones permite su modificación para restablecer, precisamente, el equilibrio contractual fracturado.

¹⁶ Nuestro Código contempla la buena fe o el orden público como exigencias para la validez del contrato. No contempla, en cambio, de forma expresa, la «lesión enorme» (*laesio enormis*), o sea los supuestos de daño derivado de la falta de equivalencia entre lo que se da y lo que se recibe, más allá de lo dispuesto en el artículo 1074 CC, que permite la rescisión de las particiones hereditarias por lesión en más de la cuarta parte, figura que sí se encuentra presente en el derecho catalán, cuyo artículo 321 de la Compilación permite la rescisión de los contratos onerosos sobre bienes inmuebles en los que el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio. Puede

buena fe determina la quiebra del equilibrio contractual; la existencia de circunstancias que legitimen la rescisión por lesión o la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, o la propia frustración del fin del contrato, rompen el equilibrio y, como efecto consiguiente, destruyen el nexo que anuda las prestaciones recíprocas del contrato, con lo que no existiendo ni equilibrio ni, por ende, reciprocidad, el pacto pierde definitivamente el fin que le es propio¹⁷.

La importancia del principio del equilibrio contractual en la relación sinalagmática ha sido especialmente tratada por la jurisprudencia que no se priva de destacar el importante papel que juega este principio general de derecho en la resolución de los conflictos¹⁸.

La doctrina italiana, por ejemplo, considera el principio de equilibrio como un elemento «equilibrador» abandonando la teoría de la naturaleza jurídica del contrato como un mero intercambio prestacional, propio de una concepción liberal del derecho. La reciprocidad de las prestaciones, para el derecho italiano, es lo que determina la correspondencia o la equivalencia entre ellas (*co-*

verse un documentado estudio sobre el principio del equilibrio contractual en GÓMEZ VÁSQUEZ, CARLOS, «El carácter trágico de la justicia contractual. A propósito de las relaciones de consumo», *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2061, Madrid, 2008, pág. 13, cuando expone que «[Los] principios jurídicos como la buena fe, el equilibrio prestacional y el sinalagma contractual, que a su vez sustentan instituciones jurídicas mucho más precisas, como la responsabilidad *in contrahendo*, la lesión contractual, la revisión del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida, el control del contenido del contrato por adhesión y la frustración del fin del contrato, entre otras, permiten rastrear más inmediatamente, más directamente, el concepto de justicia contractual, que en todo caso señala un parámetro de valoración de contratos concretos, efectivamente celebrados en el tráfico jurídico».

¹⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo II «Las Relaciones Obligatorias», Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, pág. 375, considera a las relaciones obligatorias sinalagmáticas como «la regla», mientras que las relaciones obligatorias simples son la excepción.

¹⁸ STS, Sección 3ª, de 1 de octubre de 2008, que abona por una resolución justa que respete el equilibrio entre los intereses legítimos de ambas partes, teniendo en cuenta que la función del juez es la de lograr el «equilibrio justo entre los intereses de las partes», con el objeto de garantizar los intereses públicos vinculados a la salvaguarda de la libre competencia entre empresas y el interés de los usuarios» cuando tiene lugar una «[...] ruptura del equilibrio contractual de la base del negocio o la frustración o novación del contrato por causas que hagan imposible o gravoso su cumplimiento por una de las partes».

corrispettività), siendo esta correspondencia el nexo de interdependencia o sinalagma, y este quien origina, de una forma u otra, la equivalencia económica de las prestaciones¹⁹.

3.2.1. La ruptura del principio de equilibrio en la relación sinalagmática.

Cuando en un contrato existe una onerosidad sobrevenida se produce una ruptura del equilibrio contractual que hace aplicable la regla *rebus sic stantibus*. Si la resolución del contrato celebrado atiende directamente a la quiebra o fracaso del objetivo querido por las partes, la mutación de las circunstancias de forma no prevista o querida hace que se rompa el principio de equilibrio y de la conmutatividad (carga contractual equivalente y recíproca), de forma que el pacto ya no es útil a los contratantes.

El rompimiento del principio de equilibrio impide la satisfacción del acreedor de acuerdo con el propósito inicial por una «onerosidad sobrevenida», lo que determina la rescisión no tanto por la ausencia de resultados como por haberse destruido las bases económicas del pacto, ocasionando una situación en la que una de las partes ha sufrido un perjuicio en la relación sinalagmática que quiebra la proporcionalidad del contrato recíproco (véase artículo 1295 CC).

3.2.2. Inexistencia de sinalagma

¹⁹ GATTI, SERAFINO, en «La adecuación de la prestación en los contratos con prestaciones correspectivas», *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Piccin Nuova Libreria, S.p.A., Padova, 1963, pág. 456 donde expone «[...] Además de *corrispettività* económica, el sinalagma también origina una *corrispettività* “inmediata” en el sentido de que la utilidad que consigue una parte se logra con la ejecución de la prestación por la otra». O también en el mismo sentido CAMILLETI, FRANCESCO, en *El problema del equilibrio contractual*, A. Giuffrè Editore, Milano, 2004, págs. 6 y ss., donde aboga por lo que denomina una «justicia procesal» entendida como «la capacidad del legislador y del juez para sancionar eventuales asimetrías de información, que tienden a generar desequilibrio excesivo de derechos y obligaciones».

En otros casos el sinalagma ni siquiera nace a la vida jurídica como, por ejemplo, cuando se produce una responsabilidad por culpa *in contrahendo* debido a falta de diligencia imputable en un contrato preliminar (es decir, en un «pre-contrato» en el que las partes se comprometen a negociar un convenio futuro, cuyo compromiso es la ulterior obligación de formalizar el contrato). El sinalagma no nacido sería, en este supuesto, el pacto tácito que tendría que haber propiciado el alumbramiento del contrato y cuya ausencia comporta la reparación del daño ocasionado en el momento de preparar el contrato.

El Reglamento Roma II (considerando número 30)²⁰, por ejemplo, ya exige, para apreciar culpa *in contrahendo* (y, por ende, inexistencia de relación sinalagmática), que se haya producido una violación del deber de información y una ruptura de los pactos contractuales, lo que es acorde con nuestro derecho nacional²¹.

4. El sinalagma en nuestro derecho positivo.

²⁰ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), publicado en *DOUE* núm. 199, de 31 de julio de 2007, páginas 40 a 49: «[L]a culpa *in contrahendo* a efectos del presente Reglamento es un concepto autónomo y no debe interpretarse necesariamente dentro del sentido de la legislación nacional. Debe incluir la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales. El artículo 12 cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato. Esto quiere decir que si durante las negociaciones de un contrato una persona sufriera una lesión personal, se aplicaría el artículo 4 o cualquier otra disposición pertinente del Reglamento».

²¹ Cfr. ALONSO PÉREZ, MARIANO que diferencia precontrato de promesa de contrato (que sí establece relación entre las partes) en «La responsabilidad precontractual», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n° 485, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1971, págs. 857-992; Véanse también MANZANARES SECADES, ALBERTO, «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», *Anuario de derecho civil*, Ediciones del Ministerio de Justicia, vol. 38, n° 4, Madrid, 1985, págs. 979 y ss.; CARRASCO PERERA, ÁNGEL, «Cartas de intenciones, precontrato, responsabilidad *in contraendo* y obligatoriedad de los tratos en la jurisprudencia española», *Aranzadi Civil*, n° 3, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2005, págs. 2369 y ss; CHAMIE, JOSÉ FÉLIX, «El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual», *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 22, enero-junio de 2012, págs. 219 y ss.

No existe en el Código civil una definición del sinalagma: el texto sólo se refiere a las obligaciones de carácter recíproco en algunos artículos, como, por ejemplo, el artículo 1100 CC relativo a la mora de las obligaciones, el artículo 1124 CC sobre la resolución de las obligaciones recíprocas, el artículo 1195 CC cuando habla de la compensación de esta clase de obligaciones, y el 1451 CC que faculta a los contratantes para reclamarse recíprocamente el cumplimiento del contrato cuando exista conformidad en la cosa y en el precio. Fuera de estos artículos en nuestro código no aparecen mayores referencias a las obligaciones recíprocas ni una mención al concepto de sinalagma, lo que sí se da en el Code civil francés²².

La noción de sinalagma pasó a la compilación justiniana para completar el concepto clásico de *contractus*, generando una confusión dogmática al identificar conceptualmente ambas figuras, determinándose que la bilateralidad contractual implicaba, indefectiblemente, una interdependencia de las causas de los contratos cuyas obligaciones se condicionaban mutua y recíprocamente. En realidad, el concepto de sinalagma es bastante más amplio y atiende básicamente a aquel nexo de reciprocidad que liga las prestaciones del contrato como prestaciones mutuas o correspectivas.

4.1. El cumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas en el Código civil y su necesidad de reforma.

El modelo de obligación que estatuye el Código civil es el de una relación jurídica nacida en términos generales del contrato, de los daños y omisiones ilícitos —con culpa o negligencia— y de los llamados cuasicontratos, consideran-

²² Véanse las definiciones de contrato sinalagmático y unilateral en el Código civil francés según la versión consolidada de 6 de agosto de 2014: Artículo 1102: «El contrato es sinalagmático o bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente una con respecto a la otra». Artículo 1103: «Es unilateral cuando una o varias personas se obligan frente a una o varias otras, sin que haya compromiso por parte de estas últimas».

do al contrato bajo el exclusivo papel de fuente u origen de las obligaciones (artículos 1089 y 1091 CC y en general en todo el libro IV relativo a las obligaciones y contratos). Su necesidad de reforma se ha hecho sentir en los últimos tiempos, en especial en lo que atañe al régimen del incumplimiento contractual.

4.1.1. La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos.

El incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas se ha señalado como el verdadero objetivo de la reforma y armonización internacional con el fin de establecer un marco general de los requisitos del incumplimiento y del camino a seguir por la parte que vea incumplida la obligación recíproca para corregir la situación y, evidentemente, obtener una indemnización o resarcimiento: nos referimos a la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos²³. Por otro lado, no deja de ser cierto que nuestra jurisprudencia, después de la larga vigencia del Código civil, ha intentado adaptarse a las situaciones nuevas que el código no contempla expresamente²⁴.

El tratamiento del incumplimiento de las obligaciones se halla disperso en el Código civil, sin ninguna sistemática especial. La opinión de la Propuesta de

²³ «Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009. La propuesta respeta la estructura básica del Código al mantener en el Libro IV, el Título I, y el Título II, aunque modificando su contenido y todo lo relativo al incumplimiento contractual y sus remedios.

²⁴ Puede verse ampliamente esta cuestión en el trabajo de GÓMEZ CALLE, ESTHER «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, nº LXV, Ediciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 2012, páginas 30 a 102. En este estudio la autora hace un análisis de la situación el incumplimiento contractual así como las propuestas de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, con especial incidencia en el incumplimiento y el resarcimiento como contenido de la pretensión de cumplimiento.

Reforma es que todo incumplimiento no deja de ser, básicamente, una situación jurídica creada *ex novo* más allá del pacto contractual y que pone en marcha el mecanismo de «los remedios» para la conservación y cumplimiento del contrato. En concreto, se considera de especial relevancia en materia de obligaciones —entre otros extremos, obviamente— la imposibilidad originaria de la prestación y su relación con el incumplimiento y la imposibilidad sobrevenida, total, definitiva y no imputable al deudor,

La Propuesta avala igualmente que ante el incumplimiento contractual cualquier derecho distinto al de la indemnización de daños y perjuicios debe permanecer intacto y el acreedor debe disponer de suficientes y enérgicos mecanismos para resolver el contrato o reducir el pago del precio, sin obviar, por supuesto, la facultad de exigir al deudor el cumplimiento de la obligación²⁵.

Pero la Propuesta no se ciñe exclusivamente a las obligaciones sinalagmáticas sino que menciona expresamente el contrato de fianza en el sentido de que el garante sólo puede oponer las excepciones de la garantía misma y de sus relaciones con el beneficiario siendo un pacto de naturaleza personal, autónoma, no accesoria y abstracta²⁶, lo que la diferencia de la fianza como garantía personal regulada en nuestro Código Civil (artículos 1822 y ss. CC)²⁷. En cuanto

²⁵ Nos parece acertado el exhaustivo análisis de la Propuesta que realiza FENOY PICÓN, NIEVES, en «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de codificación», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIII, Ediciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 2010, págs. 47-136, especialmente interesante en lo que atañe al abandono del *favor debitoris*, (interpretación del contrato más favorable al deudor en caso de duda), lo que comporta que la no culpabilidad del deudor incumplidor no ha de eximirle de responsabilidad.

²⁶ Tesis también presente en la STS 3157/2014 de 17 de julio de 2014- cuando califica el contrato de aval a primer requerimiento de contrato atípico, independiente, siendo una obligación distinta de la principal distinto de la fianza porque su eficacia no depende del negocio subyacente ya que el garante sólo puede oponer las excepciones de la garantía misma y de sus relaciones con el beneficiario.

²⁷ Asimismo en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, «La Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos (una presentación)», en las Jornadas de febrero de 2010 de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, nº 2130, abril 2011, pág. 2: «En principio, las obligaciones nacidas de estipulación, que es una obligación nacida de un negocio abstracto -no se olvide-, son inaplicables cuando se trata de obligaciones nacidas

a las obligaciones recíprocas la Propuesta aboga por la no restitución de las prestaciones cuando en los contratos de tracto sucesivo exista una reciprocidad de intereses o la facultad resolutoria por incumplimiento «esencial» previa notificación al deudor (artículos 1199 y 1204 de la Propuesta), o la facultad de «suspensión» del cumplimiento de la obligación en las relaciones sinalagmáticas, expresamente mencionadas así en el artículo 1191 de la Propuesta²⁸.

4.2. Los supuestos resolutorios en Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos²⁹ contemplan la resolución de las obligaciones sinalagmáticas cuyo fundamento se basa en la calificación del incumplimiento resolutorio como la frustración del fin del contrato. El artículo 8:103 define como incumplimiento esencial aquello que prive a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato y aquél sea intencionado.

El artículo 8:106, aplicable a todos los supuestos de incumplimiento, advierte de la facultad del perjudicado para conceder una prórroga para que pueda cumplir, considerándose esencial el incumplimiento si no lo hace en el plazo prorrogado (nótese la extraordinaria concordancia con el artículo 1100 CC, que

de relaciones contractuales y, en especial de contratos con obligaciones recíprocas, como los llama el art. 1.124 CC, o de obligaciones sinalagmáticas, pues una de las características de la evolución jurídica ha sido el crecimiento de los contratos y la traslación de los problemas del Derecho de obligaciones al Derecho de contratos».

²⁸ Véase también JEREZ DELGADO, CARMEN Y PÉREZ GARCÍA, MÁXIMO JUAN en «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19, Madrid, 2009, págs. 155-179 donde se analiza el incumplimiento de las obligaciones desde una nueva óptica, introduciendo un sentido más extenso al mero incumplimiento (por otra parte acorde con la jurisprudencia de nuestros tribunales), que debe ser básico y esencial, no meramente circunstancial.

²⁹ Puede consultarse su texto en *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*, Comisión de Derecho europeo de los contratos, traducción del texto de Kluwer Law International, La Haya, 2000, págs. 1-93.

precisa la noción de mora a partir de que el acreedor exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación). Finalmente, el artículo 8:108 de los Principios delimita el incumplimiento a partir de que el acreedor exige el cumplimiento de la obligación y, en caso de imposibilidad fortuita, el deudor queda exento de responsabilidad (nada nuevo tampoco a la vista de nuestro Código civil, artículo 1105, por el que sabemos que nadie responde de los sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables como el caso fortuito o la fuerza mayor).

4.2.1. Los remedios al incumplimiento en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

En cuanto a los remedios para el incumplimiento (capítulo 9 de los Principios) el acreedor puede exigir el cumplimiento, alegar la excepción *non adimpleti contractus*, la resolución del contrato, o la reducción del precio (*actio quanti minoris* de nuestro artículo 1486 CC para los casos de saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos y que faculta al comprador para optar entre desistir del contrato y percibir los gastos en que incurrió o rebajar proporcionalmente la cantidad del precio si hacen la cosa impropia para el uso a que se destina³⁰.

Si bien los Principios no tienen la eficacia vinculante, representan en cambio una concepción del contrato innovadora que permite integrar posibles lagunas del ordenamiento jurídico sobre la ineficacia de algunas cláusulas y la utilización de enmiendas en caso de incumplimiento encaminadas básicamente a la conservación del acto jurídico si ello resulta posible³¹.

³⁰ Véanse los comentarios ilustrativos en este sentido en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS y otros, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2002, en especial los capítulos XIII y XIV dedicados al cumplimiento de las obligaciones contractuales y al incumplimiento y sus remedios.

³¹ La STS, Sala 1ª de 17 de diciembre de 2008 dice: «[...] utilizando a estos efectos, como ya ha ocurrido en otras sentencias de esta Sala (SSTS de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006 y 20-7-2007), el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite

5. Naturaleza jurídica de los contratos con obligaciones recíprocas o bilaterales frente a los contratos unilaterales.

Las obligaciones recíprocas o bilaterales vienen instituidas en nuestro Código civil por el artículo 1124, y las ideas de bilateralidad, reciprocidad o carácter sinalagmático son utilizadas de manera equivalente en todo el cuerpo legal³², frente a las obligaciones unilaterales (que generan obligaciones solo a cargo de una de las partes, como el contrato de depósito o el contrato de préstamo). No obstante, algunos contratos unilaterales³³ pueden generar obligaciones recíprocas aunque, básicamente, la naturaleza jurídica del contrato no pierda su carácter unilateral: piénsese, por ejemplo, en el contrato de depósito oneroso cuando se pacta una retribución a favor del depositario; o el derecho de retención en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito (artículo 1780 CC); o el derecho del mandatario de retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de lo gastado en el mandato, remedios específicos que, a pesar de su bilateralidad impropia, no justifican la excepción *non adimpleti contractus*.

5.1. Mutuo condicionamiento de la relación sinalagmática.

utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil».

³² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, op. cit., tomo I, pág. 545.

³³ Un contrato se considera unilateral cuando una de las partes conviene una obligación con otra parte sin que esta se imponga ninguna obligación con la primera. Debe matizarse, no obstante, entre acto jurídico bilateral o acto jurídico unilateral: el contrato, como tal, es siempre (en cuanto acto jurídico) bilateral, ya que intervienen, por lo menos, dos voluntades. Pero el contrato que concierten puede tener rasgos unilaterales (comodato, depósito, mutuo, prenda, hipoteca, fianza), o bilaterales (compraventa, transacción, arrendamiento, sociedad, mandato, permuta).

La esencia del contrato sinalagmático es que cada una de las prestaciones da origen a la otra y están recíproca y mutuamente condicionadas. Al ser el cumplimiento simultáneo, una de las partes no puede exigir nada si no ha cumplido previamente (artículo 1100 CC, párrafo último). En las relaciones sinalagmáticas frente al incumplimiento de una de las partes —siempre que la otra haya cumplido íntegramente su prestación— se puede exigir la resolución del contrato o su cumplimiento con indemnización de daños y perjuicios; es lo que conocemos como «condición resolutoria tácita», propia de las obligaciones recíprocas³⁴.

Algunos contratos, a pesar de lo dicho, pueden nacer como unilaterales y por acontecimientos posteriores pueden terminar generando obligaciones para el contratante que no contrajo ningún compromiso. Es un «contrato sinalagmático imperfecto», cuyo exponente son el depósito y el comodato, originariamente unilaterales puesto que sólo engendran obligaciones para el depositario o para el comodatario, aunque puedan posteriormente originar obligaciones para el depositante y comodante (gastos de conservación, perjuicios indemnizables, etc.). No por ello estos contratos pierden su esencia de negocio unilateral siempre que los hechos sobrevenidos no deriven del propio contrato y no sean interdependientes con la obligación primitiva: normalmente estos hechos sobrevenidos se causan por disposición legal.

Por el contrato del préstamo (véase el artículo 1740 CC), una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva (comodato), o dinero u otra cosa fungible, con la condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad (simple préstamo); más sencillamente, en cambio, «préstamo es un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra alguna cosa» como decía el artículo 1630 del Proyecto de Código civil de 1851, y es un contrato real cuyos efectos no nacen hasta

³⁴ SAP Zaragoza núm. 411/2016 de 20 de diciembre de 2016: «condición resolutoria tácita del artículo 1124 CC que, sólo puede ser alegada por el contratante que haya cumplido oportunamente sus obligaciones, en tanto que el incumplimiento de las suyas por parte del otro contratante ha de ser un verdadero y propio incumplimiento que afecte a la esencia del contrato e impida alcanzar su normal finalidad».

que se realiza la entrega de la cosa, siendo bilateral al haber derechos y obligaciones para ambos contratantes. Tesis no del todo pacífica por cuanto un sector de la doctrina se inclina por considerar al contrato de préstamo mutuo como un contrato unilateral³⁵.

5.2. Bilateralidad del negocio jurídico: bilateralidad formal y bilateralidad material

La estructura del negocio jurídico bilateral³⁶ nos conduce a instituir una primera distinción entre lo que podríamos denominar bilateralidad formal y bilateralidad material: la primera compete esencialmente al propio negocio jurídico (algún sector de la doctrina lo denomina «bilateralidad subjetiva») mientras que la bilateralidad material se refiere al propio contrato (o «bilateralidad objetiva»).

En definitiva, en cualquier contrato siempre hay dos declaraciones de voluntad (por lo menos), de forma que cualquier contrato es un negocio jurídico bilateral en el fondo si nos atenemos al número de contratantes (nadie puede contratar solo consigo mismo) o a la pluralidad de declaraciones de voluntad. El negocio jurídico es bilateral en tanto en cuanto demanda que la labor de los que nego-

³⁵ *Cfr.* la STS núm.1074/2007, de 10 de octubre, cuando razona que no puede equipararse el contrato bilateral de préstamo mutuo con la constitución del derecho real de hipoteca. Sosteniendo una tesis contraria a la bilateralidad del contrato, véase la STS núm. 495/2001 de 22 de mayo, que dice: «El contrato de préstamo o mutuo [pese a alguna construcción de la doctrina francesa y parte de la italiana sobre la bilateralidad del préstamo con interés] es un contrato unilateral en cuanto solo produce obligaciones para una de las partes, el mutuuario o prestatario. El pago de intereses no altera tal carácter, pues hace nacer una segunda obligación a cargo del mutuuario pero no dan al prestamista la posición de obligado».

³⁶ La figura «negocio jurídico» como tal no se recoge en ninguna parte del Código civil; es una construcción doctrinal que lo define como un acuerdo de voluntades para modificar, adquirir o extinguir un derecho subjetivo (en puridad, se refiere a una «declaración de voluntades» cuya única referencia en todo el ordenamiento jurídico español está en el artículo 17 de la Ley del Notariado: «Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases».

cion sea interactiva, y que se produzca por lo menos entre dos personas. La bilateralidad formal es la esencia de todos los pactos con trascendencia jurídica que se realizan, independientemente de su contenido específico³⁷.

La bilateralidad formal es la «manera» como se establece el contrato, que, en principio, sería diferente de la bilateralidad del contrato en el sentido material, ya que esta debemos examinarla desde el punto de vista del contenido de las obligaciones que se asumen. Desde nuestro punto de vista es una discusión algo inútil por cuanto nada aporta a la mejor comprensión de la bilateralidad contractual. Contrariamente, pensamos que induce a cierta confusión porque tanto la formal como la material pueden referirse indistintamente tanto al número de intervinientes en un contrato como al objeto propio del mismo³⁸.

5.3. Consensualidad y mutua interdependencia de las obligaciones recíprocas.

Sabemos que el Código civil utiliza para referirse a las obligaciones bilaterales o sinalagmáticas diversas denominaciones: no habla específicamente de relaciones jurídicas bilaterales sino de relaciones jurídicas recíprocas aunque la idea de sinalagmaticidad está impregnada en el texto legal en el sentido de que la relación sinalagmática no depende de una pluralidad de obligaciones sino de que tales obligaciones sean mutuas, con prestaciones exigibles para cada parte.

De hecho en nuestro código existe una marcada sinonimia entre el concepto de bilateralidad y la idea de obligación recíproca: en ambos casos la idea de bila-

³⁷ Puede verse este argumento en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, op. cit., pág. 65 y ss. En similares términos VECCHIO, GIORGIO DEL proclama que el concepto de la bilateralidad «es el elemento fundamental del edificio jurídico», en *Filosofía del Derecho*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1991, pág. 334.

³⁸ De «anfibología con más de una interpretación» lo califican algunos autores. También se conoce a este fenómeno como «disemia» (cuando tiene dos significados) o «polisemia» (si se da un doble sentido de una palabra o frase que puede provocar dudas y equivocadas interpretaciones).

teralidad se sobreentiende como un mero pacto mediante el que una parte se obliga con la otra³⁹. Así, por ejemplo, en el contrato de compraventa el pago del precio estipulado es el contenido prestacional que incumbe al adquirente, mientras que al vendedor le atañe la entrega de la cosa. La reciprocidad es, a la postre, una «relación jurídica inevitable» contenida en los convenios onerosos y cuya «inevitabilidad» viene determinada por el nexo de dependencia entre ellas, y que conforma indefectiblemente esta onerosidad, aunque no toda relación onerosa es necesariamente sinalagmática (el préstamo por ejemplo), pero sí, en cambio, toda relación sinalagmática es onerosa⁴⁰.

El ejemplo concreto en el Código civil de la idea de reciprocidad como bilateralidad lo vemos en el artículo 1100 CC, que califica a las obligaciones recíprocas destacando su bilateralidad en relación con la mora en el incumplimiento de la obligación; también, y especialmente, en el artículo 1124 CC sobre la facultad de resolver las obligaciones en caso de incumplimiento. Igualmente se refiere a la mutua interdependencia y consensualidad el artículo 1120 CC respecto de las obligaciones condicionales con prestaciones recíprocas en los que se impone la compensación de los frutos e intereses mientras haya estado pendiente la condición, no así, en cambio, para las obligaciones unilaterales⁴¹.

³⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, op. cit., tomo I, págs. 544 y ss.

⁴⁰ En los contratos onerosos existe una expectativa de ganancia o beneficio que uno espera alcanzar del otro a cambio de una prestación propia, especialmente evidente en los contratos bilaterales, pero también en algunos unilaterales como el mutuo (artículo 1740 CC); los contratos gratuitos, por el contrario, nada se espera obtener a cambio de la prestación que se realiza (mandato, comodato, depósito), mientras que en los contratos remuneratorios el beneficio que uno obtiene no va acompañado de contraprestación (a lo sumo con un gravamen: donación remuneratoria de los artículos 619 y 622 CC). Pueden completarse estas ideas en LÓPEZ LÓPEZ, ÁNGEL, MONTÉS PENADÉS, VICENTE L., ROCA TRIAS, ENCARNA Y OTROS, *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Editorial Tirant Lo Blanch, S.A., Valencia, 2001, pág. 53 y ss.

⁴¹ Como advierte CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ, *derecho civil español común y Foral*, 12ª edición, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid 1978, tomo III, pág. 121, son igualmente obligaciones bilaterales las que tienen una pluralidad de vínculos y múltiples prestaciones a cargo de una o varias partes contratantes.

La consensualidad y mutua interdependencia de las obligaciones recíprocas implica que las dos partes sean deudoras y acreedoras al mismo tiempo y por una misma causa jurídica. Arrendamiento y compraventa no pueden, por ejemplo, concebirse con obligaciones y causas diferentes, al contrario del mandato o préstamo, que derivan de obligaciones independientes y proceden de causas distintas.

6. La causa del negocio jurídico con obligaciones recíprocas.

Directamente enlazado con la interdependencia de las obligaciones recíprocas está el concepto de la causa en los negocios jurídicos. En nuestro ordenamiento civil no se contemplan los negocios abstractos, a saber, aquellos que producen sus efectos independientemente de la causa que los motive, admitiéndose sólo de forma excepcional la existencia de negocios abstractos. Se exprese o no la causa del negocio, este produce los efectos que le son propios siempre que quede clara la intención de los contratantes (artículo 1277 CC).

El artículo 1274 CC habla de la causa en los contratos onerosos como prestación de una cosa o servicio por una de las partes, y en igual sentido en los contratos remuneratorios como servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia la causa es la mera liberalidad del benefactor⁴². En este sentido, pues, la causa contractual está embebida de un profundo sentido objetivo caracterizado por la intencionalidad de las partes sobre el contenido prestacional del contrato, y en los convenios bilaterales o sinalagmáticos la causa está

⁴² Véase respecto de la causa contractual DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, «El riesgo en la doctrina de Pothier», *Derecho y conocimiento*, vol. I, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, 2001, págs. 353-373. En concreto expresa: «Para encontrar una solución lo más apropiada posible sobre la mencionada cuestión, entendemos que se hace preciso indagar en la elaboración que el propio autor realiza de la teoría de la causa de los contratos». Pothier, por su parte, vendría luego a continuar aquella elaboración doctrinal, refiriéndose ya, más adecuadamente, a los contratos onerosos y a los gratuitos, concluyendo que el contrato es nulo cuando el compromiso no tiene causa o es falsa».

plenamente objetivada ya que contiene y engloba en su seno el intercambio de prestaciones, con independencia de la motivación de los contratantes⁴³.

La causa del contrato como relación obligatoria, en consecuencia, tiene una nota característica de objetivación diferente de los móviles o intenciones que las partes tengan en el momento de concertar el contrato⁴⁴; la causa, según ya advirtió en su día FEDERICO DE CASTRO (extendiendo la idea a todos los contratos: bilaterales, onerosos, gratuitos y remuneratorios), es siempre «la causa de la relación obligatoria establecida en el contrato y abarca a todo el negocio jurídico»⁴⁵.

6.1. Causa del contrato y finalidad del contrato.

⁴³ Siguen esta línea las SSTTS de 4 de mayo de 1987, 8 de febrero de 1996 y 6 de junio de 2002, entre otras muchas, señalando esta última que «[...] la jurisprudencia de esta Sala ha diferenciado muchas veces la causa de los motivos, pues mientras la causa en los contratos onerosos se describe en el artículo 1274 los motivos son móviles o impulsos puramente subjetivos de los contratantes, ordinariamente irrelevantes y sin trascendencia jurídica».

⁴⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, *Código civil comentado y con jurisprudencia*, Editorial La Ley, S.A., 6ª edición, Madrid, 2008, comentario al artículo 1274 CC: «Es distinta la causa de los móviles subjetivos que persiguen las partes; éstos quedan fuera del negocio jurídico, son una realidad extranegocial. Tan sólo pueden tener relevancia en el negocio jurídico, si las propias partes los incorporan al mismo como una cláusula o como condición (en lo que es muy reiterada la jurisprudencia). Sin embargo, si los móviles subjetivos son ilícitos o bien el motivo se ha incorporado a la causa, se habla de «motivo causalizado» y ha servido para que situaciones de verdadera injusticia hayan podido ser solventadas».

⁴⁵ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio jurídico, op. cit.*, págs. 163-199, amplio estudio sobre el formalismo según la confección espiritualista y causalista del sistema jurídico español. En la introducción a la obra, redactada por VALLET DE GOYTISOLO, este advierte que la causa de los negocios jurídicos en DE CASTRO sufre una involución abandonando el sistema rígido y formalista romano y dando preeminencia al concepto de la causa como requisito del contrato en el que prevalece la voluntad de los contratantes, sin dejar de lado el principio contractual de la buena fe. Sobre la causa como función jurídica y la causa como nexo de dependencia, véase igualmente DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Fundamentos de derecho civil patrimonial, op. cit.*, págs. 269-271.

Partiendo de la base de que es preciso distinguir y diferenciar entre la causa de los contratos (de destacado carácter objetivo) y la finalidad de los contratantes (es decir, interés, provecho o móvil que impele a las partes a celebrar determinado convenio), hay que concluir que «la finalidad del contrato» es algo que, perteneciendo a la esfera de la «causa contractual», no es propiamente su contenido sino su germen, su «impulso genético». El móvil o interés del sujeto al contratar debe realizar un camino, un tránsito hacia la causa contractual. Tiene que convertirse en «causa de la obligación que se establezca» para que el contrato nazca a la vida jurídica, sin cuyo paso previo el convenio no existe (artículo 1261.3º CC). El móvil o intención subjetiva es algo previo al negocio jurídico y las partes deben incorporarlo al mismo de alguna manera en el momento de perfeccionarse el contrato y sin que puedan hacerlo luego en el momento de su cumplimiento o ejecución⁴⁶.

A pesar de la notable concepción espiritualista del Código civil, la noción de causa se ha objetivado en los últimos tiempos, fijando la atención especialmente en la eficacia económico-social del contrato. Se considera la causa como la «razón objetiva» que se justifica por sí misma en razón a la función económico-social de todo pacto de derecho privado que es, invariablemente, objeto de tutela y protección del ordenamiento jurídico frente a una realidad jurídica cambiante en el tiempo y que, concretamente en los contratos sinalagmáticos, lo constituye el mutuo intercambio de las prestaciones, allende el subjetivismo que refleja la intencionalidad de las partes.

6.2. Mutua relación entre las causas de los contratos con obligaciones recíprocas.

⁴⁶ Esta es la tesis que sigue, entre otras similares (SSTS de 27 de diciembre de 1996, 1 de abril de 1982, 30 de diciembre de 1985) la STS 788/2003 de 21 de julio, en la que se razona que «[...] por mucho que se acentúe el aspecto o criterio subjetivista siempre será menester para llegar a causalizar una finalidad concreta, que el propósito de que se trata venga perseguido por ambas partes y trascienda al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo».

Más allá de la causa como algo unitario en los contratos, existe —en virtud del contenido prestacional recíproco de las obligaciones sinalagmáticas— una especie de «desdoblamiento» o, si se quiere, «dualidad» de causa en este tipo de contratos. No podemos pasar por alto esta relación causal dinámica evidente en las obligaciones recíprocas, presente ya desde el nacimiento de la obligación y, como antes indicábamos, como impulso del «germen» causal de cada parte. La finalidad del cumplimiento de lo convenido (su resultado) es único para las partes y la causa es este «querer el resultado»; pero la motivación para contratar, la intencionalidad primigenia, no tiene por qué ser coincidente: el que vende un inmueble puede tener varios motivos, además de recibir el precio, y el comprador también: la causa no es la intención sino el resultado del negocio jurídico.

Hay, decimos, una escisión del sinalagma en genético y funcional de forma que las diversas obligaciones recíprocas en el momento de su nacimiento tienen causas interrelacionadas (la causa de una obligación es causa de la otra). Una vez ya celebrado el contrato, el sinalagma funcional condicionará el cumplimiento del contrato, y de cada prestación según su propia causa originaria.

El caso paradigmático lo representa la pérdida de la cosa en un contrato traslativo del dominio, en especial el artículo 1460 CC; sin perjuicio de la escasa trascendencia jurídica de este precepto lo importante es que no da lugar al nacimiento del contrato.

6.2.1. La «causa eficiente» en las obligaciones.

La causa eficiente de las obligaciones ha sido objeto de numerosos y fructíferos estudios. El profesor JOSEPH KOHLER⁴⁷, por ejemplo, discurrió sobre la teoría de la causa eficiente en términos muy elocuentes y expresivos, señalando que

⁴⁷ Puede leerse la versión traducida al español del profesor CASTILLEJO DUARTE, JOSÉ, *La Filosofía del Derecho e Historia Universal del Derecho*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1910.

«la apertura de la ventana es condición necesaria para la iluminación de la habitación; la causa de que se ilumine es el sol». Sostenía que en un supuesto en el que concurren una serie de condiciones que posibilitan la producción de un determinado suceso, únicamente tiene el carácter de causa aquello que es determinante para la producción del resultado anhelado, mientras que debe entenderse por «causa impulsiva» el motivo que incita a cada contratante a celebrar el pacto, lo que es, en definitiva, «extrínseco al negocio jurídico»: es lo que se conoce en la doctrina romanista como la causa formal o *causa civilis obligandi*, y que se centra en los requisitos contractuales de forma, solemnidad o tipicidad del contrato. En definitiva, la «causa eficiente» es la fuente, origen y comienzo de la obligación⁴⁸.

JEAN DOMAT fue el primero que desarrolló la teoría causalista de las obligaciones; sostenía que la causa de las obligaciones residía en la contraprestación que debe una persona a otra. Su doctrina fue seguida y difundida por su discípulo el romanista POTHIER⁴⁹, y que luego fue recogida por el Código civil francés de Napoleón de 1804. Estos causalistas distinguieron entre los contratos sinalmáticos y los contratos reales, unilaterales y negocios jurídicos a título gratuito, exigiendo como elemento imprescindible para la validez de un contrato «una causa lícita en la obligación» sin la cual no puede existir el contrato.

Sobre la causa eficiente es interesante la posición de DIEZ-PICAZO que admite que en nuestro ordenamiento la teoría de los contratos parece conceder priori-

⁴⁸ Véase BORJA SORIANO, MANUEL y BORJA MARTÍNEZ, MANUEL, *Teoría general de las obligaciones*, tomo I, Editorial Porrúa, México 1989, pág. 166: «[...] Si por causa se entiende el motivo determinante de un acto de voluntad, hay una causa que tiene una importancia de orden jurídico. Pero indudablemente, la palabra causa es mala y suscita muchas confusiones; es preciso decir: el fin o el motivo determinante no de la obligación sino de la declaración de voluntad soporte del acto jurídico».

⁴⁹ POTHIER, ROBERT-JOSEPH, *Traité des obligations*, Dalloz, París, 2012. Véase el trabajo de GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, «La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, n° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004, págs. 39-68.

dad a la voluntad contractual aunque limitada a que las estipulaciones convenidas no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público⁵⁰.

Las teorías modernas —en especial la doctrina italiana⁵¹— son proclives a entender la causa del contrato a partir de su función económico-social desde la perspectiva de que el negocio jurídico es un acto esencialmente derivado de la voluntad privada. Por ello, la causa-fin o causa eficiente no sería un elemento esencial del contrato porque equipara e identifica a las causas con los motivos particulares e individuales de los contratantes, salvo que esté expresamente establecida en el contrato.

6.2.2. La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas.

La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas⁵² hace referencia a que no se puede exigir una prestación debida a alguien que esté en principio obligado a ello sin que el que reclama haya cumplido, a su vez, la prestación correlativa. En definitiva es el fundamento dogmático del

⁵⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, «La propuesta de modernización...», *op. cit.*, pág. 4: «En el mismo sentido —aunque en los Principios Europeos ha parecido predominar una dirección que ha dejado, entre paréntesis, o en la penumbra la causa de las obligaciones— tras importantes vacilaciones que la Sección tuvo, la propuesta se muestra causalista, aunque no comete el error de definir, como en la actualidad, en el art. 1237 en qué consiste la causa y se limita a decir en el art. 1238, que son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley y a la moral, regulando después la restitución por la *turpitud* de la causa; y en el apartado 2º del art. 1238 se recoge lo que a nosotros nos parece la regla central, que aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario».

⁵¹ Puede verse este concepto de causa eficiente en la doctrina italiana en BETTI, EMILIO, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959; COVIELLO, NICOLÁS, *Doctrina general del Derecho civil*, Valetta Ediciones, S.R.L., Buenos Aires, 2007; también en FERRARA, FRANCESCO, *La simulación en los negocios jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.

⁵² Resulta imprescindible en este aspecto el estudio de FERNÁNDEZ URZAINQUI, FRANCISCO JAVIER, «La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1997, págs. 167-250.

ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* —y de la *compensatio mora* del último apartado del artículo 1100 CC—, cimentado en que el contratante que sea cumplidor de su prestación no incurre en mora mientras el otro no cumpla la obligación recíproca⁵³.

La simultaneidad en la ejecución de ambas prestaciones es el efecto propio de las obligaciones bilaterales pero no constituye su esencia porque tal simultaneidad puede alterarse de forma convencional. La simultaneidad sería, en suma, un principio o una norma general con excepción de lo que puede resultar por ley o por el propio contrato; piénsese por ejemplo en que las obligaciones pueden tener distinto momento de cumplimiento, o tener un cumplimiento sucesivo que implique una actividad continuada del deudor, como lo sería, sin ir más lejos, una renta o merced arrendaticia o un contrato de trabajo; o, incluso, como excepción notable a la regla de la simultaneidad, la posibilidad de una sentencia que condene al incumplidor a realizar la prestación «condicionada» a que el propio reclamante realice la que le corresponda⁵⁴.

6.2.3. Interdependencia y simultaneidad.

Las consecuencias de la interdependencia de las obligaciones bilaterales nacen del artículo 1124 CC con el efecto propio y característico de la resolución del contrato en caso de incumplimiento por una de las partes. Si bien la resolución de las obligaciones recíprocas se basa comúnmente en el incumplimiento cul-

⁵³ Tema ampliamente estudiado por ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO, «La excepción de incumplimiento contractual», *Anuario de derecho civil*, Ediciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1964, págs. 543-582; FERNÁNDEZ URZAINQUI, FRANCISCO JAVIER, en «La regla de la simultaneidad...», *op. cit.*, págs. 403-462 y FERNÁNDEZ HIERRO, JOSÉ MANUEL, «La exceptio non adimpleti contractus», *Estudios de Deusto*, 1995, vol. 43, nº 2, págs. 71-89.

⁵⁴ En la STS de 21 de noviembre de 1988 se defiende la regla de la simultaneidad como principio general, aunque con posibles excepciones legales o convencionales. Más en concreto sostiene que [el contrato] «puede ser de cumplimiento sucesivo pero no simultáneo como resultaría por ejemplo de un contrato de arrendamiento en que se realiza de forma anticipada la prestación del arrendador o del arrendatario quedando limitado el ámbito de aplicación del cumplimiento simultáneo».

pable de una de las partes, también puede admitirse cuando quiebra la reciprocidad y el incumplimiento de una prestación arrastra la falta de causa de la correlativa; o cuando se da una pérdida de la equivalencia que ocasiona que se malogre el fin del contrato. La simultaneidad en el cumplimiento de una obligación bilateral es consecuencia de la interdependencia de la prestación mutuamente condicionada.

La interdependencia es tal que cuando se produce el incumplimiento de la obligación, se presume que lo ha sido por culpa del deudor, quien debe demostrar que ha sido por caso fortuito o fuerza mayor (*qui excipit probare debet quod excipitur*). La conducta humana se presupone siempre voluntaria, por lo que si es el deudor quien incumple es este quien debe probar que ha sido sin culpa imputable a su acción; se trata de una presunción *iuris tantum* para el caso de las obligaciones de dar, en especial en el supuesto de pérdida de la cosa si ésta se hallare en poder del deudor (artículo 1183 CC), aunque es perfectamente extrapolable a las obligaciones de hacer o no hacer⁵⁵.

La interdependencia de la causa también entra en juego cuando el incumplimiento se debe a razones más o menos imprevisibles, en concreto por la excesiva onerosidad de una de las prestaciones recíprocas que ocasione una rotura del principio de equivalencia, haciendo inútil o excesivamente gravosa la contraprestación o modificando sustancialmente la idea inicial que se tenía al contratar. Esta quiebra del sustrato económico del contrato, obviamente, debe ser de entidad suficiente y que resulte determinante para la inviabilidad de lo convenido, ya sea incrementándose el coste de la prestación o reduciendo intolerablemente el valor de la otra⁵⁶. En estos casos tampoco puede exigirse el cum-

⁵⁵ La extensión se produce (SAP de A Coruña de 23 de diciembre de 2011) «no tanto por analogía sino como principio general según doctrina y jurisprudencia a todo tipo de obligaciones».

⁵⁶ Cfr. BENITO OSMA, FÉLIX, «La excesiva onerosidad de las prestaciones en la contratación mercantil», en *Estudios sobre el futuro código mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pág. 1232, que aduce, además de una genérica apelación al principio de equidad del artículo 3.2.CC, que en materia de incumplimiento contractual «[...] se parte en restablecer el equilibrio no tanto en lo jurídico sino más bien en el sentido económico en el cumplimiento de la causa del contrato. Pero también parece contrario a la buena fe exigir al deudor

plimiento debido a la interdependencia o condicionalidad mutua en las obligaciones bilaterales y que se anudan entre sí de forma que una se constituye en causa eficiente de la otra.

6.3. Simultaneidad e incumplimiento.

La regla de la simultaneidad entendemos que tiene que pensarse en términos de incumplimiento; es decir, no puede invocar la resolución quien ha incumplido, excepto si este incumplimiento tiene como causa directa la contravención de la otra parte. Es de todo punto indiscutible que la regla de la simultaneidad no habilita para el ejercicio de la acción resolutoria al contratante que falte a sus obligaciones, muy especialmente si su incumplimiento es primero en el tiempo ocasionando el incumplimiento posterior de la otra parte. El infractor primigenio no tendría legitimación subjetiva, pero sí el segundo.

En definitiva, la viabilidad de la acción resolutoria implícita del artículo 1124 CC precisa de la demostración de que el que la alegue no ha incumplido sus propias obligaciones salvo que fuese como consecuencia del incumplimiento del otro, siendo la posición de este incumplidor lo que genera el derecho resolutorio del otro. Igualmente, en caso de imposibilidad de cumplimiento también se extingue la obligación, lo que cohonesta perfectamente con los efectos de la interdependencia obligacional y siempre que la imposibilidad sobrevenida no sea atribuible al deudor.

el cumplimiento de lo estrictamente pactado cuando la alteración de las circunstancias haya dejado de ser significativa a lo que esperaba recibir por el cumplimiento de su prestación».

B) LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

7. El sinalagma y su tratamiento en el concurso de acreedores.

En sede concursal el concepto del sinalagma viene ajustado —y en cierta forma constreñido— por el dictado de los artículos 61 y 62 LC de forma que en materia de incumplimiento contractual se excluye su aplicación tradicional del ámbito de estos artículos sin dejar de considerarse las obligaciones recíprocas como obligaciones mutuas y enteramente vinculadas, de forma que la prestación de una parte es la causa de la contraprestación de la otra.

Para una definición de sinalagma el Tribunal Supremo ya dejó claro que la causa de los contratos sinalagmáticos es el intercambio de prestaciones, y que las sinalagmáticas son aquellas en las que cada parte, ya sea acreedora o deudora, es al mismo tiempo deudora o acreedora de la otra parte, de forma que al ser las obligaciones «contravalor o contraprestación una se la otra», el sinalagma constituye el nexo o dependencia entre ellas⁵⁷.

Es norma de carácter general que no serán de aplicación aquellos preceptos de la Ley concursal a los contratos que no tengan obligaciones recíprocas, es decir, que no sean bilaterales y que no sean onerosos, quedando por tanto fuera del ámbito de aplicación del artículo 61 LC los contratos unilaterales y gratuitos. Esta aplicación claramente restrictiva es avalada por la doctrina al uso⁵⁸. Los artículos 61 y 62 LC quedan, pues, fuera de las reglas generales, en cuanto a que la resolución por incumplimiento de un contrato con obligaciones recíprocas no se deja al arbitrio de una de las partes sino que queda ligada al su-

⁵⁷ Véanse SSTs de 18 de noviembre de 1994, 24 de noviembre de 1997, o de 21 de julio de 2003 que afirman que «la causa respectiva de las obligaciones del artículo 1274 CC es la razón por la que se contrae la obligación sinalagmática y que su no observancia determina al afectado que pueda desvincularse del pacto».

⁵⁸ Opinión que sostiene SANJUÁN MUÑOZ, ENRIQUE, «Sinalagma y concurso de acreedores...», *op. cit., passim*.

premo interés del concurso⁵⁹. Incluso los contratos que no resultan incumplidos pueden resolverse con fundamento en dicho interés concursal, como también pueden ser rehabilitados aquellos que se hallen incumplidos.

En sede concursal, a pesar de todo, sí es oponible la excepción de incumplimiento y resolución (incluso la prestación de diferente clase a la pactada o *aliud pro alio*); no en cambio cuando la prestación sea de poca entidad, o su cumplimiento resulte defectuoso o simplemente parcial⁶⁰.

8. La prestación como objeto de la obligación y su significado en las obligaciones recíprocas.

El deber prestacional como objeto propio o contenido de la obligación se advierte ya en la fase de gestación del contrato: de ahí que tenga importancia en el concurso de acreedores el conocimiento exacto de su contenido y naturaleza.

No obstante los propios efectos del artículo 61 LC (que determina la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas⁶¹), se producen con plenitud en la fase más funcional del contrato, en su *iter* de cumplimiento, y después de que resulte declarado el concurso de acreedores. De hecho, las obligaciones recíprocas preconcursales pierden su carácter sinalagmático cuando una de las par-

⁵⁹ FERNÁNDEZ SEIJO JOSÉ MARÍA, *Los efectos de la declaración de concurso sobre contratos. Especial referencia a los contratos bancarios y de financiación*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2013, pág. 51.

⁶⁰ Esta es la tesis mantenida también por FERNÁNDEZ URZAINQUI, FRANCISCO JAVIER, en «La regla de la simultaneidad...», *op. cit.*, pág. 179. En cambio, la excepción de incumplimiento de contrato no se aplica en el supuesto de incumplimiento de prestaciones accesorias.

⁶¹ Que no resultan en realidad afectados por la declaración de concurso: a la postre sus efectos son inanes en cuanto al contrato en sí, determinándose tan solo la calificación concursal de los créditos derivados de las prestaciones.

tes cumple la prestación antes de la declaración de concurso y el crédito derivado de la prestación se considera y califica como concursal⁶².

La prestación como objeto de la obligación tiene importancia en sede concursal porque, en principio, la ley no hace ninguna referencia clara a si la legitimación o requisito de procedibilidad para declararse el concurso es el incumplimiento por parte del deudor de obligaciones con contenido dinerario y cuyo objeto prestacional sea el dinero (o signo que lo represente, como dice el Código civil⁶³).

8.1. Las prestaciones de hacer o no hacer en el concurso de acreedores.

No existe ningún pasaje en la Ley concursal que mencione si «deudor» lo es también aquel contratante cuyo compromiso prestacional sea una obligación de hacer, de dar o de no hacer, porque las referencias de la ley se limitan en todo caso a las prestaciones de naturaleza pecuniaria. Nosotros creemos que ante el incumplimiento de prestaciones de esta naturaleza sí puede solicitarse la declaración de concurso por que, en el fondo, este tipo de prestaciones puede evaluarse económicamente. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de ejecutar, incluso provisionalmente⁶⁴, las sentencias que condenan a una obligación de

⁶² La razón esgrimida por el Tribunal Supremo es que la reciprocidad de las obligaciones durante la tramitación del concurso «funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas». STS de 19 de febrero de 2013.

⁶³ Artículo 1445 CC, referido al contrato de compraventa, pero hoy claramente extensible a otros medios de pago (cheques, pagarés, letras, tarjetas de crédito, anotaciones en cuenta, etc.). En este aspecto creemos imprescindible una actualización del artículo 1170 CC: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España. La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso».

⁶⁴ Y la ejecución provisional es una auténtica ejecución. No se trata de una medida cautelar sino de un genuino proceso de ejecución forzosa; tampoco se equipara a un sistema procesal de garantía futura de la ejecución de sentencias firmes. Por este moti-

hacer aunque, obviamente, se excluyan las sentencias que obliguen a emitir una declaración de voluntad, entendiendo por ello lo que se define en Reglamento Notarial⁶⁵.

El artículo 709.1 LEC permite, cuando no se cumpla la obligación de hacer, transformarla en una prestación de contenido dinerario: «el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer», con lo que la limitación a efectos concursales al contenido pecuniario carece de sentido⁶⁶.

Aún destacaremos otro argumento: en las obligaciones bilaterales la obligación y su contenido deben efectuarse de modo coetáneo y la prestación debe ser posible (requisito contenido en el artículo 1272 CC), de forma que la prestación como contenido de la obligación contractual no puede consistir en algo que sea imposible (ni imposibilidad absoluta ni imposibilidad relativa) porque no existiría contrato⁶⁷. Nótese también que según el artículo 146 LC para que se pro-

vo se excluyen de la ejecución provisional las declaraciones de voluntad que deban ser suplidas por el Juez, tales como, por ejemplo, el supuesto de otorgamiento de escritura pública cuando la negativa a la declaración de voluntad tenga que sustituirse por el otorgamiento de oficio. La norma general es permitir la ejecución provisional de sentencias no firmes —artículo 527.2 LEC— aunque se recurran en casación. Puede ampliarse su estudio en ORTELLS RAMOS, MANUEL, *La ejecución de condenas no dinerarias en la ley de enjuiciamiento civil*, Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2005.

⁶⁵ No existe en nuestro ordenamiento jurídico otra definición de «declaración de voluntad» que la del artículo 144 RN: «Conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado son instrumentos públicos las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en certificado, copia o testimonio. Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases».

⁶⁶ PULGAR EZQUERRA, JUANA, *La declaración del concurso de acreedores*, Wolters Kluwer, Madrid, 2005, pág. 328. Según la autora es posible que la solicitud de concurso se funde en el incumplimiento de alguna prestación distinta de la prestación dineraria, en concreto «en aquellos supuestos en que, de no conseguirse que el ejecutado realice la prestación debida (dar, hacer o no hacer), se haya sustituido dentro de una ejecución infructuosa no dineraria la realización de la prestación por su equivalente pecuniario, cuando así se prevea»; la autora también lo hace extensivo a la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento por el deudor.

⁶⁷ En términos generales, sobre la inexistencia de contrato en casos de prestaciones imposibles la jurisprudencia entiende que cuando se produce la imposibilidad de cum-

duzcan los efectos establecidos en el capítulo II del título III, la apertura de la liquidación provocará el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la «conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones», por lo que es de todo punto admisible que no se puede rechazar la admisión de solicitud de concurso por inexistencia de créditos por prestaciones no dinerarias.

Más dificultoso representaría, en cambio, fundamentar la solicitud de concurso en la imposibilidad de embargar bienes a quien esté obligado a constituir una garantía o caución sustitutoria⁶⁸ dimanante de una ejecución no dineraria. El artículo 529.3.2 LEC indica que la contracautela podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del Tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate. Pero no se trata de un crédito exigible en el momento de solicitar el concurso, aunque pueda serlo después, por lo que carece de fundamento la pretensión de declarar el concurso en este supuesto.

9. La causa en los contratos sometidos al control del concurso de acreedores.

No es dable confundir la causa del contrato como elemento esencial para su validez con el buen fin de la operación o consecución del beneficio inicialmente planeado. En concreto, ni siquiera el interés remuneratorio es causa, *verbi*

plimiento de la prestación se debe diferenciar si tal imposibilidad existe en el momento de la formación del contrato (en cuyo caso se da la nulidad del artículo 1272 CC), o si tal imposibilidad es sobrevenida, es decir, después de la perfección del contrato pero antes de la mora del deudor, «en cuyo caso (art. 1184 CC) se da lugar a la liberación de la prestación (resolución contractual)», según señala la STS de 1 de julio de 2010. En el mismo sentido SSTS de 10 de abril 1956; 30 de abril 2002 y 21 de abril 2006.

⁶⁸ Llamada también «contracautela», exigible a quien resulte afectado por una medida cautelar para asegurar el cumplimiento de la futura sentencia y en sustitución de las medidas acordadas.

gratia, del contrato de préstamo, aunque cuente con garantía hipotecaria, porque puede existir perfectamente sin pacto de remuneración de intereses; el préstamo es, en nuestro ordenamiento jurídico, naturalmente gratuito, como rotundamente dispone el artículo 1755 CC («no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado»)⁶⁹.

Si en sede concursal se solicita, por ejemplo, la rescisión de la garantía otorgada simultáneamente a un préstamo, considerando el artículo 71.2 LC se debe demostrar si la operación fue a título gratuito u oneroso en función de si el garante había obtenido algún tipo de interés económico directo o indirecto en la operación. Esta doctrina rige vigente hasta la STS de 30 de abril de 2014 en la que el Tribunal Supremo modifica su criterio y establece que cuando se pide la rescisión de la garantía se trata siempre de un acto oneroso ya que la causa del contrato no se puede analizar solamente desde la perspectiva del contrato accesorio sino de todo el negocio jurídico en su conjunto. Por este motivo entiende que es un contrato con causa onerosa y subsumible en el art. 71.3.1 LC⁷⁰.

10. Incumplimiento contractual y su trascendencia resolutoria en el concurso.

⁶⁹ Siguen este criterio la SJM nº 2 de Bilbao de 9 de junio de 2015 y SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 17 diciembre 2015, donde se mantiene que un contrato de préstamo, aunque cuente con garantía hipotecaria, puede existir sin pacto de remuneración mediante intereses; es decir «no es causa del contrato para el prestamista ni el interés puede ser causa, ni el objeto principal del contrato desaparece aunque no haya pacto de interés».

⁷⁰ En concreto se mantiene como nuevo criterio interpretativo que: «La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspondiente a la concesión de este, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero».

Un incumplimiento obligacional, por sí mismo, no conlleva una específica tutela judicial⁷¹: sólo es la base para exigir ya sea su cumplimiento o la resolución del contrato y, en ambos casos, la indemnización de daños y perjuicios a tenor del artículo 1124 CC. Tampoco cabe equiparar el incumplimiento con la falta de cumplimiento y no se trata tan solo de una cuestión semántica o interpretativa⁷², sino que la ausencia de una concreta definición legal de estos supuestos ha conducido a la jurisprudencia a encerrar en el mismo supuesto dos situaciones jurídicamente distintas como son el incumplimiento palmario de un pacto contractual y la pendencia de cumplimiento⁷³.

⁷¹ SAP de León, Sección 1ª, de 5 de septiembre de 2014: «[el incumplimiento] no conlleva necesariamente una consecuencia jurídica: sólo es el fundamento para exigir su cumplimiento o pedir la resolución del contrato y, en ambos casos, para pedir indemnización por daños y perjuicios [...]. Aun cuando el término "incumplimiento de una obligación" se integre por términos jurídicos, lo cierto es que no refleja más que una imputación subjetiva y objetiva de trasgresión de lo pactado pero no una pretensión con sustantividad propia».

⁷² Se ha contemplado la influencia de la resolución contractual en sede concursal en varios y provechosos estudios, de los que entresacamos, sin ánimo exhaustivo, los siguientes: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, MARÍA ÁNGELES, «La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales», *La Ley Actualidad*, Madrid 1998, pág. 121: «[...] el art. 1124 debe ser interpretado no como una sanción al incumplidor, sino como un medio de protección para el perjudicado, que lo es tanto si el incumplimiento es imputable como si no, pues es la ausencia de la contraprestación, y no la causa de esa ausencia, lo que menoscaba su interés»; ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Editorial Comares, S.A., Granada, 2009; ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO, «La excepción de incumplimiento...», *op. cit.*, pág. 556: «En realidad el campo de la excepción es diverso y más amplio que el de la resolución, la cual implica un verdadero incumplimiento ya consumado, mientras que la excepción no solo procedería a esta hipótesis, sino también antes del incumplimiento verdadero y definitivo. Basta con que no haya cumplimiento simultáneo. Por eso si la acción resolutoria implica culpabilidad por parte del que incumple, la excepción no supone necesariamente culpabilidad de aquél a quien se la opone. El principio del cumplimiento simultáneo no requiere que el que reclama sin haber cumplido, haya incurrido en culpa alguna»; CLEMENTE MEORO, MARIO ENRIQUE, «La resolución de los contratos por incumplimiento y resarcimiento del daño», *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 5, Editorial Tirant lo Blanch, S.A., Valencia, 2003, págs. 5-20.

⁷³ En un supuesto concreto —el contrato de *leasing*— lo destaca ATIENZA LÓPEZ, JOSÉ IGNACIO, en «Naturaleza concursal o contra la masa de los créditos derivados de cuotas de contrato de leasing vencidas tras la declaración de concurso», *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 173, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2015, págs. 141-146: «[El crédito contractual contra el con-

10.1. Prestación y obligación como contenidos del incumplimiento del contrato en sede concursal.

Ya hemos analizado antes la diferencia entre lo que es propiamente la prestación y la obligación: la primera se circunscribe a lo que se considera el «elemento objetivo de la relación obligatoria», es decir, la conducta, el acto, que deberá realizar quien se obligue, mientras que la segunda es el contenido propio y material de la obligación. La ambigüedad del Código civil en este aspecto induce de forma casi automática e irreflexiva a identificar el contenido material de la prestación con la conducta que debe realizarse, con un deber jurídico a realizar, pudiendo consistir el contenido de la prestación en obligaciones de dar y de hacer, principales o accesorias, divisibles e indivisibles, etc. La obligación consiste en un deber jurídico de realizar la prestación o, como señala la clásica definición de GARCÍA MÁYNEZ⁷⁴, el deber jurídico es una «restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera una cierta conducta, positiva o negativa»⁷⁵.

cursado] será contra la masa si deriva de un contrato con obligaciones recíprocas que estén pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso. Por tanto, la reciprocidad del vínculo contractual y la pendencia de cumplimiento de obligaciones por ambas partes constituyen los criterios determinantes de la calificación».

⁷⁴ GARCÍA MÁYNEZ EDUARDO, *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1970, pág. 54.

⁷⁵ Distinción que destacan expresamente DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, en *Sistema de Derecho civil*, 9ª edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2005, pág. 119, distinguiendo claramente entre lo que es la relación jurídica y la obligación, o lo que se califica como doble naturaleza orgánica, señalando que es «una situación vital institucionalizada y de ello deriva el que todos los derechos, facultades, deberes, cargas, etc., aparezcan orgánicamente agrupados en torno a la relación. Una relación obligatoria es, en suma, la total relación jurídica que liga, por ejemplo, a un comprador con un arrendador con un arrendatario, a un mandante con un mandatario, etc. No es exclusivamente el derecho de un contratante a exigir y el deber del otro a realizar una prestación». *Ibidem*, pág. 134: «El objeto de la obligación es lo debido por el deudor y lo que el acreedor está facultado para reclamar. El deudor lo que debe en realidad es una conducta o un comportamiento, al que usualmente se le denomina prestación».

La obligación definida en el artículo 1088 CC consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa nos señala el contenido de la obligación y no la prestación misma, es decir, su objeto, porque en realidad una cosa (o la prestación de un servicio) no pueden ser objeto de ninguna obligación sino que son, en sí mismas, la propia prestación. La cosa o el servicio pueden perderse, desaparecer de la vida real, pero, en cambio, la obligación como tal subsiste⁷⁶.

La prestación, en definitiva, se «encapsula», por decirlo de forma gráfica, dentro de la estructura jurídica de la obligación y, como actividad que tiene que desplegar el deudor, constituye uno de los elementos del entramado obligacional y debe ser posible, lícita y determinada o determinable.

10.2. Incumplimiento y pendencia de cumplimiento.

Sentado lo anterior conviene ahora matizar lo más posible la distinción entre incumplimiento y pendencia de cumplimiento. El artículo 61 LC habla en concreto de cumplimiento o de obligaciones pendientes de cumplimiento, cuyo contenido (prestación) será realizable con cargo a la masa. Por su parte, el artículo 62 LC habla frontalmente de la posibilidad de resolución de contratos incumplidos con fecha posterior al concurso y, para el supuesto de contratos de tracto sucesivo, hace extensiva la posibilidad al incumplimiento anterior a la declaración de concurso. No se puede negar una cierta confusión sistemática entre ambos preceptos, debido a que posiblemente el artículo 62 LC centra su atención propiamente en el incumplimiento mientras que el artículo 61 LC lo hace en la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, o también incumplidas, como veremos posteriormente; porque la jurisprudencia que ha interpretado el sentir de estos preceptos no hace distin-

⁷⁶ Véase CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil español común y foral*, 12ª edición, tomo III, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1978, pág. 29. Sobre el estudio también de la estructura y contenido de la prestación y el significado de la misma como objeto de la obligación véase también ALBÁCAR LÓPEZ, JOSÉ LUIS y SANTOS BRIZ, JAIME en *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, tomo IV, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1991, págs. 5 y ss.

ción al respecto, excepto en los casos de contratos de tracto sucesivo. En síntesis, las tesis jurisprudenciales equiparan *de facto* la pendencia de cumplimiento y el incumplimiento para los contratos con obligaciones de tracto único.

En sede concursal la imposibilidad de resolución del contrato no depende tanto de que sea un contrato de tracto único con incumplimiento anterior a la declaración, como del hecho, imperioso, de que en el momento de la declaración concursal la obligación pendiente solo lo sea a cargo del concursado. Este supuesto que contemplamos —siempre que se trate de obligaciones recíprocas, no se olvide— determina que no se apliquen los artículos 61.2 y 62.1 LC sino, ni más ni menos, el 61.1 LC, porque una parte ya ha cumplido mientras que el deudor incumplidor (y concursado) tiene una deuda (crédito concursal) a favor de su acreedor cuyo crédito una vez declarado el concurso no legitima para la resolución del contrato sino para la inclusión de la deuda en el procedimiento concursal.

10.2.1. Inexistencia en concurso de acreedores de una diferenciación entre incumplimiento y pendencia de cumplimiento.

Un ejemplo de la no diferenciación entre pendencia de cumplimiento e incumplimiento lo constituye la STS de 24 de julio de 2013 en la que se sostiene que, en concurso de acreedores, a un contrato de compraventa de vivienda que todavía esté pendiente «de construcción y entrega» debe aplicársele el artículo 61.2 LC, o sea, calificar como crédito contra la masa el que se derive de las obligaciones pendientes de cumplimiento por la parte concursada, así como también el artículo 62.1 LC sobre la imposibilidad de resolución del contrato por ser la compraventa anterior al concurso y tratarse de un contrato de tracto único. Lo que se sostiene, a la postre, es una identificación, una coincidencia plena, entre el incumplimiento y la pendencia de cumplimiento, sin distinción ni matices. Se equiparan las obligaciones pendientes de una y otra parte sin diferenciar ni el origen ni la causa del incumplimiento: solo se admite, con cierta dureza, que lo acontecido es una deuda del concursado por incumpli-

miento y una obligación pendiente a favor de la parte *in bonis* (que al finalizar el concurso no es probable, ni de lejos, que perciba) ya que era una obligación pendiente (que la edificación estuviese terminada).

Nuestra valoración es que con ser, probablemente, ajustado a la dogmática jurídica la interpretación de este texto legal, es claro que su resultado no es justo y parte de la ficción jurídica de considerar al concurso de acreedores como un remedio que aplica soluciones, es decir, que se cobra lo que se debe o se reparte lo que quede, cuando la realidad nos enseña, tozudamente, que esto no ocurre casi nunca⁷⁷.

10.3. Distinción entre contrato no cumplido u obligaciones pendientes de cumplimiento y contrato incumplido

Siguiendo el estilo del redactado de los artículos 61 y 62 LC, debe necesariamente efectuarse una distinción semántica entre «contrato no cumplido» (u obligaciones pendientes de cumplimiento) y «contrato incumplido» (aunque también tenga obligaciones pendientes de cumplimiento). Su naturaleza jurídica concursal es diferente.

⁷⁷ Compárense ambos conceptos, que se utilizan indistintamente, en la STS de 24 de julio de 2013 de la forma siguiente: «Al tiempo de la declaración de concurso, este contrato de compraventa estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes: la vendedora debía acabar de construir y entregar la vivienda y el comprador tenía que pagar el precio convenido. Los efectos que sobre la vigencia de este contrato produjo la declaración de concurso vienen regulados en el art. 61.2 LC, respecto a la consideración de crédito contra la masa de las obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la concursada, y en el art. 62.1 LC, en relación con la imposibilidad de instar la resolución del contrato si se trata de un contrato de tracto único cuyo incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso. Después de la declaración de concurso, conforme al art. 62.1 LC, la parte *in bonis* en un contrato de tracto único tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; mientras que si se tratara de un contrato de tracto sucesivo la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. Consiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único».

El contrato incumplido es aquella situación en la que se dan todos los presupuestos para el ejercicio de la acción de resolución contractual, o para alegar, en caso de reclamación de la otra parte, la excepción de contrato no cumplido. El contrato pendiente de cumplimiento puede serlo por diversos motivos, ya sea como consecuencia de un auténtico incumplimiento anterior o, sencillamente, porque parte o todas las obligaciones pactadas todavía no han vencido o no son exigibles. En un contrato de *leasing*, sin ir más lejos, las prestaciones periódicas de pago de la cuota no pueden considerarse incumplidas si no ha llegado su vencimiento. No se puede, por tanto, resolver. Pero en sede concursal puede aplicarse el artículo 61 LC por el interés del concurso con las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa, que se refieren obviamente a un «castigo o penalización» por la resolución anticipada del contrato de arrendamiento financiero⁷⁸.

Efectivamente en una obligación sinalagmática el incumplimiento faculta al acreedor para pedir la ejecución forzosa de su crédito de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1125 CC sobre las obligaciones a plazo cuyo cumplimiento se ha establecido para un día cierto, y lógicamente solo serán exigibles en el momento en que llegue este día. En el concurso de acreedores la sinalagmaticidad de las obligaciones es condición necesaria para el mantenimiento de los contratos, aunque no existe inconveniente —a efectos concursales— para admitir la sinalagmaticidad imperfecta, o sea, una interdependencia de obligaciones que puede darse «durante» el cumplimiento del contrato y de la que nazcan prestaciones en principio indebidas o a las que la parte no resultaba especialmente obligada⁷⁹.

⁷⁸ El texto «[...] Cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización», se añadió por la nueva redacción dada al número 2 del artículo 61, redactado por el número cuarenta y siete del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

⁷⁹ Cfr. en este sentido ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, edición revisada por Luis F. Reglero, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2002, pág. 422.

10.4. Cumplimiento íntegro y falta de cumplimiento: significado y posiciones doctrinales al respecto.

La primera interpretación doctrinal a la que podemos referirnos es la que considera que el artículo 1124 CC no puede ser interpretado de una manera automática, debiendo serlo en sentido racional, lógico y moral, rechazando el incumplimiento de las obligaciones accesorias o complementarias.

Como requisitos para la aplicación del 1124 se exige que concurren en el fenómeno de reciprocidad de las obligaciones su indudable exigibilidad y el hecho de que se haya cumplido por quien reclama aquello que le correspondía cumplir, así como lo que tradicionalmente se conocía como la voluntad rebelde del obligado al pago o la voluntad manifiesta de no satisfacer la obligación.

Respecto a aquella «voluntad rebelde» que frustra la finalidad del contrato la regla general, desde la antigua jurisprudencia, es la voluntad deliberadamente rebelde, aunque matizada según la realidad social del momento. De hecho resulta aceptable puesto que tal exigencia no se contempla ni en la letra ni en el espíritu del 1124 CC. No puede concebirse la expresión «voluntad deliberadamente rebelde» en sus estrictos términos literales porque el incumplimiento puede deberse a la inactividad o la pasividad del obligado a cumplir la obligación, ya que lo contrario sería equipararlo indistintamente a una actitud dolosa en el cumplimiento de la obligación.

Desde hace ya tiempo la jurisprudencia ha matizado esta posición doctrinal⁸⁰, aclarando que la exigencia de la voluntad o ánimo de causar incumplimiento basta con una conducta, eso sí, voluntaria, sin causa justificada para ello y que impida el cumplimiento del contrato en el sentido convenido o, lo que es lo

⁸⁰ STS 816/1991 de 14 de febrero de 1991, que argumenta que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar tal incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria y no sanada por una justa causa que la origine, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó. Otras en el mismo sentido (y más antiguas todavía) de 19 de enero, 6 y 20 de octubre de 1984.

mismo, que el incumplidor no explique justificadamente la razón de su postura. La doctrina científica más autorizada es coincidente con estas tesis jurisprudenciales⁸¹.

Otra posición doctrinal —no incompatible con la anterior, pero más completa— es la que atiende a la frustración del fin del contrato rechazándose la idea de «voluntad deliberadamente rebelde de forma automática» y centrándose en aquella voluntad de hacer fracasar el contrato y las aspiraciones legítimas que las partes pretendían obtener. Se llega incluso más lejos al razonar que el incumplimiento se produce aun cuando la prestación llegue a ser posible posteriormente porque, en realidad, el efecto económico del contrato ha dejado de tener sentido⁸².

⁸¹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, MARÍA ÁNGELES, *La resolución por incumplimiento...*, *op. cit.*, quien al analizar la posibilidad de resolución de las obligaciones bilaterales no deja de advertir su complejidad y dificultad: «La resolución por incumplimiento contractual constituye una importantísima consecuencia de este tipo de obligaciones, que genera no pocos problemas a la hora de determinar, en cada caso concreto, si su procedencia es o no conforme a Derecho; así, quién de las partes puede pedirla, qué tipo de incumplimiento provoca la resolución, si basta el retraso en el cumplimiento o si el incumplimiento debe ser definitivo, en qué forma debe hacerse la misma, cuáles son sus efectos y si los mismos alcanzan o no a posibles terceros adquirentes, qué debe tenerse en cuenta para determinar la indemnización que, según el art. 1124, procede en caso de resolución y, en fin, si para resolver un contrato es necesaria una voluntad del deudor rebelde y contraria al cumplimiento, o aquélla cabe incluso en los supuestos de imposibilidad sobrevenida y fortuita de la prestación». Ver también en este sentido, ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, *La resolución de los contratos bilaterales...*, *op. cit.*, pág. 75, que define la resolución de los contratos bilaterales en estos términos: «El derecho de impugnación del contrato bilateral, ejercitable por parte cumplidora, mediante demanda judicial o por declaración dirigida a la otra parte y encaminadas a producir la extinción (generalmente retroactiva) del contrato, por haber desaparecido la composición de intereses inicial en el contrato, en virtud del incumplimiento culpable de la otra parte». También FERNÁNDEZ URZAINQUI, FRANCISCO JAVIER, «El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales», *Aranzadi Civil*, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, nº 1, 1997, págs. 51-86.

⁸² Textualmente la STS de 2 de octubre de 1995: «Para nada influye respecto a lo que se deja declarado, que posteriormente no se llevase a cabo la ejecución de la obra, ajustada al correspondiente plano, pues no fue culpa alguna del recurrido, sino que como se deja bien explicado, fue exclusiva del recurrente, que no prosiguió adelante con el proyecto».

10.4.1. La suficiencia del incumplimiento y sus requisitos.

La virtualidad de la suficiencia del incumplimiento para fundamentar la excepción de contrato no cumplido exige el incumplimiento sustancial de una obligación principal, no admitiéndose el cumplimiento defectuoso, que, en todo caso, será una hipótesis viable para ejercitar una acción indemnizatoria. El incumplimiento esencial tiene una entidad propia y distinta del concepto general de incumplimiento de las obligaciones y se centra en la satisfacción los intereses del acreedor, que son los que, a la postre, justificaron inicialmente la celebración del contrato y su razón de ser. El incumplimiento defectuoso⁸³ atañe a la fase de cumplimiento y no tiene trascendencia resolutoria, como tampoco es admisible un mero retraso⁸⁴ en acometer la prestación porque no es equiparable al incumplimiento como tal, que debe ser «absoluto, definitivo e

⁸³ SAN MIGUEL PRADERA, LIS PAULA, en su trabajo «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿Lo mejor es enemigo de lo bueno?», *Anuario de Derecho Civil*, Ediciones del Ministerio de Justicia, tomo LXIV, fascículo IV, Madrid, 2011, remarca que el artículo 1:301 de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) define el incumplimiento (*non-performance*) como cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato incluyendo expresamente el cumplimiento tardío o defectuoso. Tesis que también sigue (o por lo menos pone en evidencia) ROCA TRIAS, ENCARNA, en «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2132, Madrid, 2011, pág. 8 cuando dice: «[...] El art. 1:301 PECL dice que “«incumplimiento» significa cualquier incumplimiento de la obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimiento retrasado, el cumplimiento defectuoso y la infracción de los deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato”. Este artículo debe ponerse en contacto con el art. 8:101 y el art. 9:301 PECL, que agrupan las distintas modalidades del incumplimiento, es decir, la no ejecución de la obligación, la ejecución tardía, con lo que desaparece la mora como causa de incumplimiento [...]». Lo que viene a añadir un poco más de confusión a esta construcción doctrinal del incumplimiento, si cabe.

⁸⁴ No obstante, respecto al mero retraso téngase presentes las SSTs de 15 de noviembre de 1999, 28 de septiembre de 2000 y 11 de junio de 2002, en las que, excepcionalmente, se admite el retraso si sus causas son atribuibles a una sola de las partes y aquél expresa de forma voluntaria e injustificada una posición reticente a cumplir. Como puede observarse la jurisprudencia no abandona el camino vacilante, supongamos que justificándolo en la casuística concreta del asunto debatido en juicio.

irreformable o impida el cumplimiento de la obligación principal de una forma contundente»⁸⁵.

Respecto a la *exceptio non rite adimpleti contractus*⁸⁶ con fundamento en el artículo 1124 CC se exige que el ejercitante de la acción no haya incumplido sus obligaciones salvo que ello derive del incumplimiento anterior del otro, lo que le libera de su compromiso. Y en lo que respecta a los efectos resolutorios, es obvio que dos cosas a la vez (resolución y cumplimiento) no pueden darse ya que son contrapuestas e inconciliables, aunque sí pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, o ejercitar la resolutoria después de optar por el cumplimiento cuando resulte imposible⁸⁷.

En el caso de venta de bienes inmuebles, el artículo 1504 CC instituye que aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar después de expirado el término si no ha sido requerido de antemano. Este precepto es cabalmente compatible el 1124 CC. De hecho vienen a ser complementarios: el primero como regla especial de la regla general que contiene el 1124 CC, aunque ya adelantamos que en sede concursal tanto en uno como en otro supuesto se puede mantener el contrato y soslayar su resolución en interés del concurso.

⁸⁵ En estos términos exactos se expresan las SSTS de 30 de marzo de 1992 y 11 de mayo de 1993.

⁸⁶ Figura jurídica estudiada por grandes tratadistas, entre los que elegimos a DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, en *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 694 que expone «la *exceptio non rite adimpleti contractus* es una variante o una modalidad de la excepción general de incumplimiento. Cuando el demandante sólo ha cumplido la prestación a su cargo parcialmente o de manera defectuosa, el demandado puede rehusar su propia prestación hasta que la primera haya sido cumplida totalmente o ejecutada de forma rigurosa, rectificando de modo pertinente los defectos que la prestación presentaba». También en parecidos términos PUIG BRUTAU, JOSÉ, en *Fundamentos...*, *op. cit.*, tomo I, pág. 116.

⁸⁷ Véase STS de 17 de enero de 2000.

Al final lo que cuenta es la satisfacción del acreedor y lo que determina la resolución es el incumplimiento grave y esencial según la naturaleza del contrato, y no puede extenderse al ámbito de obligaciones que no formen parte del sinagema en sentido estricto, como las obligaciones accesorias de carácter meramente complementario.

10.5. Restricciones a la resolución por incumplimiento esencial en el concurso de acreedores.

Sentado lo anterior, vemos que la teoría del incumplimiento esencial del contrato no admite su aplicación indiscriminada de una forma general sin que sea predicable al respecto que se trate al incumplimiento esencial como una condición suficiente y necesaria para que se produzca la resolución del contrato⁸⁸.

No obstante en sede concursal debe matizarse la cuestión relativa a la consideración del carácter de obligación principal incumplida con el hecho de la gravedad intrínseca del propio incumplimiento, porque el artículo 1124 CC sufre una «dislocación» cuando se trata de obligaciones a cumplir estando declarado el concurso.

⁸⁸ SÁNCHEZ MARTÍN, CARLOS «"Incumplimiento esencial" versus "incumplimiento prestacional con transcendencia resolutoria". Una apuesta por su clarificación doctrinal y práctica. Comentario a la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en fecha 18 de noviembre de 2013», *Diario La Ley*, nº 8318, 2014, opina que el incumplimiento esencial no alcanza a las obligaciones meramente accesorias o complementarias ya que estas no participan de la relación sinalagmática y que por ello, en estos supuestos, al no tratarse de obligaciones principales su tratamiento «escapa o no está condicionado por la exigencia de reciprocidad que el artículo 1124 CC impone como necesario presupuesto de aplicación del marco resolutorio». Más claramente el autor añade que «[...] Así, no es infrecuente sino más bien habitual, que la esencialidad sea uno de los requisitos que se invocan para que el incumplimiento denunciado tenga un efecto resolutorio. Esta sentencia, por tanto, da un tratamiento autónomo a la categoría de incumplimiento esencial, evidentemente resolutorio, y lo diferencia del marco general de otros incumplimientos resolutorios».

Sabemos que no es lo mismo incumplir con la esencia del contrato (obligación principal) que incumplir otras obligaciones que no lo sean⁸⁹. Para contemplarlo adecuadamente a efectos del concurso no podemos prescindir del matiz que significa «incumplir esencialmente» todas y cada una de las prestaciones, tanto principales como accesorias o complementarias⁹⁰, siempre y cuando se considere que estas prestaciones no principales han sido fundamentales en el momento de pactar el contrato. En el concurso pervive la vigencia de los contratos como idea central y se pretende que los contratos produzcan sus propios efectos, lo que justifica un distinto tratamiento resolutorio en busca del desenlace propio de la institución del concurso, es decir, el pago a los acreedores o la liquidación ordenada de sus activos⁹¹.

Por ello la técnica jurídica del incumplimiento en concurso no exige la reciprocidad que el artículo 1124 CC instaura como norma básica para la resolución. El mecanismo se expande —por decirlo de forma gráfica— a las obligaciones accesorias y complementarias carentes de trascendencia sinalagmática, expansión que incluso puede ser determinante en los casos de cumplimiento defectuoso⁹².

⁸⁹ Algún autor considera que no hay óbice para extender los efectos del artículo 1124 CC y «admitir el incumplimiento por defectuoso o no idóneo» aunque no exista reciprocidad en las obligaciones accesorias o complementarias «que en definitiva no forman parte del sinalagma de la obligación principal», como GÓMEZ POMAR, FERNANDO, en «El incumplimiento contractual en el Derecho español», *InDret Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, julio 2007.

⁹⁰ El Tribunal Supremo ha admitido la resolución por incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias, si éstas habían sido elevadas, por pacto entre las partes, a causa resolutoria (STS de 11 de abril de 2003).

⁹¹ SALINAS ADELANTADO, CARLOS, «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», *Anuario de derecho concursal*, nº 24, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2011 págs. 99-135. El trabajo incide en la trascendencia de algunas particularidades de la Ley concursal, como, por ejemplo, el principio de mantenimiento de algunas obligaciones sinalagmáticas y la flexible regulación de la resolución por incumplimiento.

⁹² Tesis que, en términos generales y no específicamente concursales, sostiene por ejemplo GÓMEZ POMAR, FERNANDO, en «El incumplimiento contractual...», *op. cit.*, pág. 18: «Tal primacía se desvanece cuando esos mecanismos resultan de imposible —o casi— ejecución, desproporcionadamente gravosos para el obligado, insatisfacto-

En la resolución por incumplimiento el contratante que sufre tal incumplimiento puede desvincularse del compromiso contractual, pudiendo resolver el contrato y privarlo de sus efectos. Es factible la resolución unilateral de quien haya cumplido su obligación, aunque si la otra parte no accede a ello debe ser el juez quien resuelva la controversia. Pero si la parte que haya incumplido está declarada en concurso de acreedores, ya no es posible la resolución unilateral. El artículo 62.2 LC («la acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal») impide la resolución, digamos concertada, entre deudor y acreedor; el contrato debe seguir produciendo sus efectos «aunque exista causa de resolución» (artículo 62.3 LC). El incumplimiento y la facultad resolutoria que haya nacido antes del concurso permanecen y siguen subsistiendo después de la declaración, si bien, como vemos, desde otra perspectiva ajena ya a los derechos particulares de los contratantes.

11. La resolución convencional o pacto de *lex comisoria*.

Si nos atenemos al artículo 1859 CC vemos que ningún acreedor puede apropiarse de aquello que esté dado en prenda o hipoteca ni tampoco puede disponer de ello. Este mandato deriva de la tradicional prohibición del pacto de *lex comisoria*⁹³ frente a aquel acreedor que, en caso de incumplimiento del deudor de la hipoteca o de la prenda, le impide que haga suya directamente la cosa o se apropie de la que esté entregada en garantía. El pacto comisorio por el que el

rios para la víctima del incumplimiento, o innecesariamente retardatorios de tal satisfacción, de modo que el valor conjunto del contrato se reduce para los contratantes. Por ejemplo, porque supondría renunciar a una operación de cobertura que permite eficientemente reducir las consecuencias negativas del incumplimiento. En una situación así, ambas partes, *ex ante*, hubieran preferido la mitigación y la indemnización de daños frente al cumplimiento forzoso, pues el excedente contractual es mayor con la indemnización que con la ejecución forzosa».

⁹³ El pacto de *lex comisoria* se fraguó en el derecho canónico al establecer la posibilidad de acción resolutoria implícita en caso de incumplimiento siempre que no hubiese pacto comisorio. Esta tradición también figura en el *Liber Iudiciorum*, en el Fuero Real y en las Partidas, siendo recogida por la doctrina civilista francesa, de la cual pasó al Código Civil en el artículo 1124 CC, párrafo primero.

acreedor se adjudica extrajudicialmente el bien en pago de su crédito solo es posible de acuerdo con la legislación específica y respetando las garantías procesales. En realidad nada impide a que el acreedor adquiera los bienes ejecutados en garantía de su crédito (artículo 1872 CC sobre la prenda o los artículos 650.4 y 670.4 LEC), por lo que el pacto comisorio es admisible —la jurisprudencia siempre ha sido muy reticente con ello, no obstante— siempre que respeten las garantías y las formalidades exigidas.

La convención relativa a que se incurrirá en resolución del contrato en el caso de que no se cumplan, total o parcialmente, algunas cláusulas entre el acreedor hipotecario o prendario y que el acreedor podrá hacerse dueño de la cosa, viene contemplada en la legislación civil; por ejemplo, en la compraventa, el cumplimiento de una parte dará derecho a la otra para resolver el contrato haciendo suyo lo que hubiese entregado la parte incumplidora como ejecución parcial de su crédito (artículos 1859 y 1872 CC)⁹⁴.

Pero en concurso de acreedores el pacto no es tan automático como pueda parecer, precisamente por la necesidad de respetar el principio de la *par conditio creditorum*. En una situación concursal el pacto comisorio no protege a los acreedores, quienes en ocasiones ni siquiera serán citados al procedimiento. Aunque por sí mismo no es nulo, un pacto comisorio que se vea afectado por un concurso de acreedores exige que la ejecución de los bienes hipotecados o dados en garantía se realice a través de los trámites legalmente procedentes.

⁹⁴ Véase también GALINDO ARAGONCILLO, ALICIA Y NAVARRO CODERQUE, FERNANDO «El pacto comisorio en el actual marco de los derechos de garantía», *Diario La Ley*, nº 8314, Sección Doctrina, 20 de Mayo de 2014, quienes opinan respecto de la validez del pacto comisorio que «de conformidad con la literalidad de lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico en relación con el pacto comisorio, podrá admitirse este —adicionalmente a los supuestos normativos que lo regulan expresamente— incluso con anterioridad al vencimiento de la deuda, siempre que además de las cautelas indicadas más arriba, concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión».

11.1. Indemnidad en concurso de la apropiación del objeto dado en garantía.

El Real Decreto Ley 5/2005 admite la disposición del objeto dado en garantía en su artículo 11⁹⁵ siempre que esta posibilidad de apropiación derive de un pacto en el propio acuerdo que contemple que, en supuestos de incumplimiento de obligaciones (es más: incluso sobre cualquier hecho pactado entre las partes), el beneficiario de la garantía puede apropiarse de la cosa por su propio derecho o por aplicación de una cláusula de liquidación por compensación exigible anticipadamente, siempre que esté prevista en el acuerdo de garantía financiera y se hayan previsto en él las modalidades de valoración de los valores negociables u otros instrumentos financieros y los derechos de crédito, sin que pueda supeditarse a ninguna exigencia de notificación previa, ni a su aprobación por un tribunal, ni a que deba efectuarse mediante subasta pública. Disposición que, por su propio y claro contenido, no resulta en modo alguno afectada por la declaración de concurso.

11.2. El pacto comisorio y su aplicación después del concurso.

El pacto de *lex comisorio*, por tanto, permite a los contratantes, antes del concurso, reclamar la resolución del contrato si una de las partes no ha cumplido con su obligación. El contrato de compraventa del artículo 1445 CC (uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto) es un contrato consensual, sinalagmático y de tracto único, aunque sea aplazada la forma de pago⁹⁶. Si se pacta una condición resolutoria

⁹⁵ Números 1 y 3 del artículo undécimo redactados por el apartado diez del artículo segundo de la Ley 7/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

⁹⁶ La STS de 10 de febrero de 1997 ya proclamó que la compraventa es un contrato de los llamados de tracto único, a pesar de que la entrega del inmueble no pueda hacerse hasta su terminación.

expresa, la resolución del contrato es automática una vez manifestada la voluntad de resolver el contrato, quedando ineficaz la relación contractual. En este caso entendemos que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 62.1 LC porque sus efectos resolutorios se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

La facultad implícita de resolver las obligaciones recíprocas (artículo 1124 CC) no es aplicable a los supuestos en que exista pacto comisorio, es decir, para ser precisos, si hay un convenio que regula la resolución contractual no debe entrar en juego el mecanismo resolutorio esencialmente facultativo del artículo 1124 CC. Ahora bien, si la condición resolutoria acaece y se ejercita después de la declaración del concurso su tratamiento es distinto que cuando el pacto comisorio se ejercita con anterioridad a la declaración del concurso, de forma que producida la condición resolutoria después de la declaración, los efectos *ex tunc* del pacto comisorio se retrotraen al momento de la celebración del contrato, produciendo la resolución la ineficacia de este y, consiguientemente, la extinción de las obligaciones, debiendo devolverse las contraprestaciones desde el momento del pacto; en puridad, es como si el contrato no se hubiese realizado⁹⁷, produciendo la resolución sus propios efectos no desde cuando se extingue el contrato sino desde el momento de su celebración, volviéndose al estado jurídico preexistente como si el contrato no se hubiese celebrado y las prestaciones no se hubiesen entregado. Por tanto existe perfecta sintonía entre esta figura jurídica del pacto comisorio y la restitución de las cantidades entregadas y a devolver por el concursado que resulten de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado, siendo en todo caso un crédito contra la masa y no un crédito concursal (artículo 84.2.6º LC).

12. La «teoría del riesgo» y su trascendencia concursal.

⁹⁷ Doctrina antigua y reiterada en muchísimas sentencias del Supremo, como las de 1 de mayo de 1946, 18 de diciembre de 1956, 23 de noviembre de 1964, 8 de mayo de 1965, 24 de febrero de 1966, 30 de marzo de 1976, 4 de abril de 1990 u 11 de octubre de 2000.

Se conoce como «teoría del riesgo» en las obligaciones bilaterales aquellos supuestos en que, ya sea por caso fortuito o por fuerza mayor, uno de los contratantes no puede cumplir su obligación, en cuyo caso la otra parte puede liberarse de cumplir la suya propia. En el propio artículo 1124 CC la obligación en sí no queda extinguida en caso de incumplimiento sino que la otra parte puede pedir la resolución, aunque en caso de que la pida no procederá entonces la indemnización de daños y perjuicios⁹⁸.

12.1. Riesgo por pérdida de la cosa debida.

Ello no obstante no es permitido concluir que el caso fortuito o la fuerza mayor sean una regla general de liberación de responsabilidad del deudor incumplidor. La liberación del deudor no lo es siempre y en cualquier caso, ni de carácter absoluto: existe el límite de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los casos en que así lo declare la obligación (artículo 1105 CC). La obligación de cualquier deudor es respetar su deuda, aunque existan supuestos en que se le exime de tal obligación por imposibilidad de hacer el pago, siempre que la imposibilidad no la haya generado él mismo y no haya incurrido en culpa o falta que le sea imputable. El caso fortuito o fuerza mayor es un suceso que escapa al control del deudor y debe ser, por ello, actual e imprevisible o imposible de evitar. Si el objeto de una deuda se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación se considera extinguida.

En el marco del concurso de acreedores podemos acudir, para comprender cómo entiende esta ley especial el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, al artículo 164.1 LC que regula la calificación de culpabilidad del concurso cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado

⁹⁸ Teoría expuesta con detalle por ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA «El riesgo en el contrato de compraventa» el capítulo XI, vol. I, *Estudios de Derecho Privado*, Thomson Civitas, S.A., Madrid, 2009; PINTÓ RUIZ, JOSÉ JUAN, en «Resolución del contrato y la regla periculum est emptoris», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 74, n° 4, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 1975, págs. 693 y ss., que recalca el riesgo para el comprador quien además de perder la cosa o soportar su deterioro, debe pagar el precio o no podrá recuperarlo si ya lo había pagado.

dolo o culpa grave del deudor. No todos los hechos determinantes de la insolvencia son merecedores de sanción, sino sólo los que sean imputables por dolo o culpa grave. Por tanto entendemos que no existe inconveniente en extender esta doctrina concursal a los supuestos resolutorios a que nos referimos.

Supongamos que la cosa se pierde irremisiblemente antes de la declaración de concurso (caso, por ejemplo, de una permuta de solar por obra futura), siendo del todo imposible que la cosa llegue nunca a existir. En este supuesto no puede utilizarse la vía de la resolución contractual en interés del concurso (artículo 61.2, párrafo segundo), en primer lugar porque quien está legitimado para ello es la administración concursal en caso de suspensión o el concursado en caso de intervención. La parte *in bonis* no puede suscitar la resolución contractual ni pretender cobrarse de la masa lo que resulte entregado por pacto contractual, porque los créditos que deriven de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución por incumplimiento del concursado antes de su declaración de concurso deben ser calificados como créditos concursales, sin que sea factible calificarlos como créditos contra la masa, ya que sólo lo son aquellos que menciona el artículo 84.2.6º LC, y que en el caso de obligaciones de restitución e indemnización sean posteriores a la declaración de concurso.

12.2. Imposibilidad de cumplimiento del contrato y su mantenimiento en interés del concurso.

En materia de resolución contractual el concurso imprime a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento un tratamiento diferente y el artículo 1124 CC debe ceder a favor del interés del concurso como apunta el artículo 62.3 LC. No obstante, si el contrato es imposible de cumplir, su mantenimiento en interés del concurso es difícilmente sostenible por cuanto el artículo 1166 CC impide alterar las bases del contrato al no poder el deudor obligar a su acreedor a que reciba una cosa diferente de la pactada, aun cuando fuese de igual o mayor valor que la debida.

En este caso la resolución contractual libera a las partes de sus obligaciones pendientes (artículo 62.4 LC), produciéndose la eficacia liberatoria, excepto en los contratos de tracto único, pues habrán de restituirse las cantidades satisfechas y como crédito ordinario si el acreedor hubiere cumplido con sus obligaciones y si el incumplimiento del concursado fuera anterior al concurso; y con cargo a la masa si fuere posterior al concurso.

De todas formas el artículo 62.4 LC es un precepto que no resuelve satisfactoriamente la cuestión que planteamos porque solo afecta a las consecuencias que se deriven del incumplimiento por parte del concursado, y porque el crédito del contratante *in bonis* solo se contempla respecto a las obligaciones vencidas y no cumplidas por el concursado. El precepto no entra, de hecho, en los efectos de la restitución sino en limitar la calificación del crédito según el criterio concursal especificado en el artículo 84.2.6º LC, como antes indicábamos.

13. El cumplimiento defectuoso del contrato: supuesto concreto de la acción de saneamiento en el contrato de compraventa.

En la compraventa deben tenerse en mente los efectos que implica el incumplimiento defectuoso del contrato, más allá de la obligación de entregar la cosa por parte del vendedor. La parte compradora ha de tener garantías de que la posesión que se le entrega será pacífica ya que lo contrario significaría que no puede aprovecharse de la cosa comprada, en cuyo caso el vendedor debe indemnizar por los daños y perjuicios que se causen.

La garantía de la posesión pacífica de la cosa es lo que, en sentido estricto, se conoce como «evicción», que avala que la posesión será útil a todos los efectos, es decir, que no existen causas jurídicas que impiden al comprador disfrutar de la cosa como consecuencia de la privación de la propiedad dimanante de una decisión judicial en la que se reconozca el mejor derecho de un tercero. Y en un sentido más amplio (se habla entonces de «saneamiento»), que no existen vicios ocultos, aspecto menos jurídico que la evicción y que atañe más propiamente a los aspectos económicos del objeto de la compraventa (artículos 1474

y 1475 CC). El saneamiento por evicción es algo que se presume en el contrato de compraventa, aunque se puede soslayar esta obligación en virtud de lo dispuesto en el artículo 1475 párrafo 3º CC, si bien debe ser siempre pactado bajo los principios de la buena fe contractual (artículo 1476 CC).

En principio creemos que una determinada obligación debe considerarse incumplida si existe una infracción del saneamiento por vicios ocultos o por evicción, en términos generales. Si tal infracción se ha producido (o se ha «manifestado», porque a veces es difícil, en términos de saneamiento por vicios ocultos, saber cuándo se produce exactamente) antes del concurso, el contrato quedará incumplido, mientras que si la infracción por saneamiento se produce después de declarado el concurso el contrato no deberá quedar incluido en el artículo 61 LC, es decir, que perderá su vigencia, aunque no es una cuestión pacífica entre la doctrina por la insuficiencia dogmática del criterio temporal (declaración o no del concurso) en este caso especial y concreto⁹⁹.

13.1. Saneamiento por evicción en el marco concursal.

La evicción tiene lugar cuando se priva al comprador por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra de todo o parte de lo comprado, afectando directamente al derecho dominical, por lo que el comprador tendrá derecho a exigir del vendedor el cumplimiento de la obligación de garantizar la posesión de la cosa¹⁰⁰.

El saneamiento por causa de evicción tiene importancia en el marco concursal, ya que se trata de un auténtico e indiscutido incumplimiento del objeto de la compraventa, por lo que, en principio, es incluíble en el artículo 61.1 LC, si

⁹⁹ EXARRANDIO HERRERA, EDORTA J., *Manual de Derecho Concursal*, La Ley Actualidad, 2ª edición, Madrid, 2009, pág. 471, pone de manifiesto esta discutida cuestión cuando afirma al respecto que «la discriminación entre contrato cumplido o no es temporal con relación a los contratantes [...] aceptándose esta determinación meramente temporal a falta de mejor planteamiento técnico jurídico».

¹⁰⁰ Según definición de esta institución jurídica de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 275.

tiene lugar después del concurso, porque al recibir algo que no era lo que se había pactado se origina una excepción de cumplimiento defectuoso. El incumplimiento de la obligación de saneamiento por evicción por parte del vendedor debe, pues, considerarse con plenos efectos resolutorios y restitutivos, debiendo devolverse el precio pagado, con sus frutos e intereses y gastos de otorgación del contrato si los hubiere.

La idea que subyace en todo ello es que si se produjo evicción el vendedor en realidad no transmitió nada, y por ello no es posible que el comprador reciba algo, aunque si este pagó el precio, debe devolverse e indemnizar en los daños y perjuicios que haya sufrido. Y ello aunque la privación del comprador sea parcial, aspecto que comparte sin mayores fisuras toda la doctrina jurisprudencial¹⁰¹.

No obstante lo dicho, hay posturas que defienden que en caso de saneamiento por evicción en sede concursal no se puede pretender la resolución del contrato porque este se halla, en realidad, ya perfeccionado y consumado desde el momento en que se convino en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado (artículo 1450 CC). No es lo mismo una acción resolutoria que la acción de saneamiento por evicción. En realidad la acción que asiste a quien ha cumplido es una especie de acción de «ejecución de la garantía por evicción»¹⁰². En conclusión, en el caso de saneamiento por evicción entendemos que no es posible la aplicación de los artículos 61 o 62 LC por cuanto no ha habido propiamente un incumplimiento ni son tampoco obligaciones pendientes de cumplimiento.

¹⁰¹ La idea de evicción como «garantía» la refrenda abundante jurisprudencia, como la SAP de La Coruña, Sección 3ª, de 12 de marzo de 2010, que señala «La razón de ser de esta garantía [del artículo 1475 CC] estriba en que la compraventa, por sí misma, no transmite la propiedad; siendo preciso que el vendedor haga entrega de una posesión pacífica y útil de la cosa vendida. Y para garantizar esta posesión pacífica y útil es por lo que se establece la responsabilidad del vendedor en los supuestos de evicción (pérdida de la propiedad del objeto vendido, por reivindicarla un tercero, en virtud de un derecho anterior), que funciona como una garantía de esa obligación».

¹⁰² En estos términos se pronuncia la STS de 17 de julio de 2007.

13.1.1. Saneamiento por evicción del crédito principal.

Debe distinguirse entre el incumplimiento del crédito principal o del crédito accesorio, siendo claro que, a efectos concursales, prima el incumplimiento del principal¹⁰³. Si en el momento clave de declararse el concurso de acreedores no se ha producido todavía la causa generadora del saneamiento, no debe incluirse este supuesto en el ámbito del artículo 61 LC; pero si la causa del saneamiento por evicción es anterior al concurso podría entenderse, a efectos resolutorios, que nos encontramos en un asunto de cumplimiento defectuoso. Mantenemos este criterio por cuanto el saneamiento propiamente dicho, tal y como viene definido en el 1474 CC, es una obligación complementaria o accesorio a la entrega de la cosa, obligación que incluso puede ser suprimida por las partes excepto en el caso de haber actuado el vendedor de mala fe¹⁰⁴.

Si el saneamiento excede de los vicios ocultos del artículo 1484 CC y se evidencia un efectivo incumplimiento del contrato, resulta indiscutido que se produce una insatisfacción a la parte compradora al ser el vicio —existente en el momento de contratar— un obstáculo insalvable que determina el despliegue de los efectos propios de los artículos 1101 y 1124 CC. Pero estos supuestos quedan excluidos del ámbito concursal y de los efectos propios del mantenimiento o resolución de los contratos, aunque se trate de anomalías en la cosa que la hacen inútil para el comprador, vicios graves que, en palabras del Código civil, de haberlos conocido el comprador no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella, aun con el grado de subjetividad que esto implica. Ello puede dar, en el marco concursal, origen a la acción redhibitoria (solicitar la rescisión del contrato de compraventa, con devolución de la cosa y ejercicio de la correspondiente acción indemnizatoria), o la acción la acción *quanti mi-*

¹⁰³ Este argumento lo podemos encontrar en la SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 22 de junio de 2005.

¹⁰⁴ Véanse los claros argumentos expuestos por O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, en *Código Civil comentado...*, *op. cit.*, comentario al artículo 1484 CC.

noris para conseguir una restitución parcial o rebaja del precio, conservando la cosa, aunque estas acciones edilicias no son ejercitables cuando lo que se pretende no es reparar vicios ocultos de la cosa vendida, sino del defectuoso cumplimiento de obligaciones contractualmente asumidas (artículo 1486 CC). Son, sin duda, situaciones dificultosas en el marco concursal que pueden dar lugar a acciones en defensa de la masa activa del concurso o las oportunas acciones del acreedor, pero que se excluyen del ámbito de los artículos 61 y 62 LC.

13.1.2. Responsabilidad por evicción en los contratos de *leasing* y el artículo 61.2 LC.

El arrendamiento financiero o *leasing* es en síntesis un alquiler de bienes, normalmente bienes de equipo, maquinaria, vehículos o inmuebles, con el fin de que sean utilizados por el arrendatario durante un plazo de tiempo expresamente convenido, satisfaciendo por ello un canon periódico y pudiendo ejercitar una opción de compra del bien por lo que se denomina un «valor residual» calculado en base al valor de lo arrendado y a su amortización, y en función de las cuotas pagadas, siendo a cargo del arrendatario el mantenimiento y conservación del bien arrendado.

En los contratos de arrendamiento financiero la idea central consiste en la obligación de ceder el uso de un bien concreto a cambio del pago de una serie de cuotas periódicas, sin que el arrendador financiero tenga responsabilidad alguna sobre los bienes cedidos. Efectivamente, el arrendador financiero no responde en ningún caso por el estado, funcionamiento o vicios ocultos de los bienes entregados, si bien entendemos que tiene la obligación genérica del artículo 1554.3 CC de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato, previniendo e impidiendo las situaciones que perturben el goce del objeto cedido al arrendatario, aunque no responde de la perturbación de «mero hecho» que señala el artículo 1560 CC.

13.1.3. El *leasing* como contrato de tracto sucesivo.

El *leasing* es, en consecuencia, un contrato de tracto sucesivo con obligaciones recíprocas, una de cuyas contraprestaciones es la cesión y el goce pacífico y la otra el pago de las cuotas. En concurso de acreedores es plenamente aplicable el artículo 61.2 LC, de forma que las prestaciones que incumben al concursado (en su caso, las cuotas vencidas una vez declarado el concurso) deberán abonarse con cargo a la masa (artículo 84.2.6º LC sobre las prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso). El problema suscitado en sede concursal por los contratos de *leasing* no tenía —antes de la reforma que mencionaremos seguidamente— una clara orientación jurisprudencial: mientras había resoluciones que lo incluían en la categoría de contratos bilaterales, otras los consideraban como un pacto en el que el arrendador cumplía con solo poner el bien a disposición del arrendatario, no teniendo entonces el carácter de contrato de tracto sucesivo, por lo que no era aplicable el artículo 61.2 LC¹⁰⁵.

El artículo 61.2 LC fue modificado por la Ley 38/2011 con la clara voluntad del legislador de incluir de una vez por todas al *leasing* en el ámbito de los contratos de las obligaciones recíprocas y calificarlo como un contrato de tracto sucesivo, lo que fue recogido rápidamente por la jurisprudencia de los juzgados mercantiles¹⁰⁶. La modificación instrumental, a nuestro criterio, obedece más a intentar resolver situaciones concretas que en la práctica concursal resultaban frecuentes que a una política legislativa concordante con los principios concu-

¹⁰⁵ Puede verse esta problemática en SANJUÁN Y MUÑOZ, ENRIQUE, «El arrendamiento financiero como crédito en el concurso», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 4, Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2006, págs. 137-157.

¹⁰⁶ El JM nº 9 de Barcelona en sentencia de 19 de septiembre de 2012, reconoce esta opción legislativa que de hecho otorga un «superprivilegio a los arrendadores financieros y que generará distorsiones en el seno del concurso así como un aumento considerable de los créditos contra la masa, pero ha sido la opción del legislador».

sales, unificando definitivamente los dispares criterios que desde la promulgación de la Ley concursal se habían mantenido sobre este tema¹⁰⁷.

De todas formas, la reciprocidad obligacional del *leasing* no es automática, en especial después de declarado el concurso. Queremos decir que la relación sinalagmática debe quedar evidente después del concurso atendiendo a las cláusulas pactadas en concreto, de forma que si el arrendador se exonera de responsabilidad respecto de los vicios o defectos del bien y se instauran obligaciones exclusivamente a cargo del arrendatario, debe admitirse que, al declararse el concurso, existían únicamente prestaciones pendientes a cargo del concursado (cuotas no vencidas), por lo que sería de aplicación el artículo 61.1 LC, y el crédito deberá incluirse en la masa pasiva, sin perjuicio de su clasificación como crédito con privilegio especial. Como se ve, no es tan pacífica la cuestión¹⁰⁸.

14. Cumplimiento defectuoso del contrato.

En el cumplimiento de las obligaciones contractuales podemos encontrarnos con la existencia de una parte incumplidora y otra que cumpla con sus obligaciones, con lo cual, si se frustra el contrato, la solución es su resolución, restituyéndose las prestaciones para restablecer el equilibrio contractual. Ahora bien, cuando el contrato ha sido incumplido y, por la naturaleza propia de aquél, las prestaciones debían de realizarse simultáneamente por ser las unas

¹⁰⁷ El tenor de la modificación, por sí misma, («cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización») no es especialmente diáfano, pero por encontrarse dentro del epígrafe relativo a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas no ofrece ya duda alguna su tratamiento como contrato bilateral y de tracto sucesivo.

¹⁰⁸ SSTS de 19 de febrero de 2013 y de 11 de julio de 2013, en las que se expone textualmente que «para determinar si la relación jurídica nacida del contrato de arrendamiento financiero sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso [...] habrá que atender a las cláusulas válidamente convenidas, en cada caso, por los contratantes».

causa directa de las otras, si una de las partes no cumple cesa para la otra aquella causa y, por lo tanto, es posible la resolución en base a la existencia de una causa recíproca de las obligaciones.

Pueden darse diversos supuestos de incumplimiento: el incumplimiento total de la obligación o el cumplimiento parcial o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones o simplemente su cumplimiento defectuoso. Valga decir, en términos generales, que se admite plenamente una situación de incumplimiento cuando se realiza una prestación distinta de la pactada¹⁰⁹. Del mismo modo, no existe un verdadero incumplimiento cuando lo que se infringe no reviste una especial gravedad o afecta a un pacto meramente accesorio del contrato, no siendo ello causa suficiente para resolver el contrato¹¹⁰. En suma, para que se pueda hablar de incumplimiento resolutorio este debe afectar a una prestación principal y que revista cierta entidad.

Entendemos por incumplimiento defectuoso aquella prestación realizada de forma mal hecha o irregular y que obedece a una conducta positiva del deudor que no se ajusta a lo pactado¹¹¹. El acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa diferente de la estipulada ni tampoco a conformarse con un cumplimiento parcial (confróntense los artículos 1157, 1166 y 1169 CC), sino que el cumplimiento debe ser estricto, íntegro y a su debido tiempo, debiendo ser indemnizado el acreedor, en caso de inobservancia, a la reparación *in natura* o por medio del pago de una cantidad de dinero como reparación compensatoria.

¹⁰⁹ STS de 7 de mayo de 1993.

¹¹⁰ Véase VERDERA SERVER, RAFAEL, «El cumplimiento forzoso de las obligaciones», vol. 64 de *Studia Albornotiana*, Publicaciones del Real Colegio de España, 1995, págs. 149 y ss.

¹¹¹ La diferencia entre el cumplimiento defectuoso y aquel cumplimiento que puede calificarse definitivo estriba en que en este existe un abandono total del cumplimiento de la prestación mientras que en el defectuoso hay un comportamiento activo del deudor en el sentido de cumplir la obligación pero de forma distinta o inadecuada respecto a lo pactado en el contrato. Según DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Fundamentos...*, *op. cit.*, tomo I, pág. 666, y en sus propias palabras, «no es que el deudor no haya hecho nada, sino que lo que ha hecho está mal hecho».

En definitiva, el deudor ha realizado determinados actos del contenido de la prestación pero no se ajustan con lo proyectado; hay un cumplimiento, pero mal realizado, lo que legitima al acreedor para desligarse del contrato en base a lo que se conoce como *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Esta excepción al contrato es oponible por el acreedor que ve frustrado el pacto, y no deja de ser una variante de la excepción general de incumplimiento contractual que, si bien no está expresamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico, sí es admitida por la jurisprudencia. Esta figura jurídica se deduce de la interpretación conjunta de los artículos 1100, 1124, 1154 y 1157 CC. Lo más dificultoso en este tipo de incumplimiento es determinar con precisión el grado o proporción del resto de la prestación que falta por cumplir. En cualquier caso, el cumplimiento defectuoso debe responder a criterios de imputabilidad, es decir, a una conducta concreta del deudor, no pudiéndose obviamente esgrimir en supuestos de caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad sobrevenida (si la prestación resultare legal o físicamente imposible, como dice el artículo 1184 CC).

14.1. Posibilidad de resolución contractual por situaciones sobrevenidas después del concurso.

En el concurso de acreedores, las dos reglas del artículo 61.2 LC (que la declaración de concurso no produce ningún efecto sobre las obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y la posibilidad resolutoria cuando lo exija el interés del concurso), conforman una visión especial de este problema. Siendo exacto que la declaración del concurso no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, ello no implica forzosamente que el contrato no pueda ser objeto de resolución por situaciones creadas después del concurso, pudiendo admitirse su extinción. No obstante, para que se pueda alegar la excepción de cumplimiento defectuoso el contrato por una cualquiera de las partes, exigiendo la otra su cumplimiento, quien no ha cumplido puede oponer a la otra parte la excepción de contrato cumplido defectuosamente, lo que ocurre

cuando el deudor concursado exige el cumplimiento y existe, a su vez, un cumplimiento defectuoso de este que legitime la *exceptio non rite adimpleti contractus*. Supuesto diferente al del mantenimiento del contrato por decisión judicial y en interés del concurso (artículo 61.2 LC), lo que viene a representar una traba a la acción resolutoria porque el contrato debe, en estos casos, ser mantenido y realizarse las prestaciones con cargo a la masa, siendo inoponible la excepción de cumplimiento parcial o defectuoso.

15. La excepción de contrato no cumplido.

Declarado el concurso, no existe impedimento para apreciar la excepción de contrato no cumplido aunque debe centrarse en aquellos contratos bilaterales pendientes de cumplimiento por ambas partes, distinción importante a efectos concursales por cuanto lo que se aplica es el apartado 2 del artículo 61 LC, no su apartado 1.

De esta forma el contratante *in bonis* que ha cumplido su prestación y queda pendiente la del concursado, deberá cobrar y hacer efectiva la misma dentro del procedimiento concursal. Por su parte, el concursado que reclame la prestación no cumplida podrá solicitar la correcta ejecución de ésta o el descuento correspondiente. A su vez, si aquel a quien se demanda para el cumplimiento íntegro del contrato entiende que existe un incumplimiento por parte del concursado, puede excepcionar la *non adimpleti contractus* como una protección frente a la reclamación (nos referimos a la reclamación dentro del proceso concursal, obviamente)¹¹².

¹¹² En este sentido, GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN «De los efectos sobre los contratos, artículo 61», *Comentarios de la Ley concursal*, (coord. R. Bercovitz), vol. I, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2004, pág. 696, que señala: «Si el contratante *in bonis* puede ejercer la resolución por incumplimiento (remedio liberatorio) y el concursado puede ostentar además un derecho de retención, de naturaleza igualmente suspensiva (configurado como un derecho de separación, art. 80.1 LC), no hay razón para negarles la posibilidad de rehusar la reclamación del cumplimiento cuando exista riesgo de perder la contraprestación».

15.1. Limitación a la *exceptio non adimpleti contractus*.

La Ley concursal contiene una contundente limitación a la excepción *non adimpleti contractus* porque el juez, por mor de lo dispuesto en el artículo 62.3 LC, puede decidir la prosecución de la vigencia de un contrato incumplido por el concursado, aun cuando por parte del contratante *in bonis* se haya solicitado o ejercitado la acción resolutoria. Es más, la parte *in bonis* no tiene ninguna posibilidad de enervar la petición (normalmente efectuada por la administración concursal¹¹³) de cumplimiento del contrato, debiendo estar a lo que decida el juez al respecto y en interés del concurso. La parte *in bonis* ve bloqueada en sede concursal su posibilidad de reacción ante el incumplimiento, y debe percibir lo que proceda con cargo a la masa, por mucho que su interés sea el de desligarse del contrato definitivamente; el contrato, en este caso, debe seguir adelante y no es factible admitir la excepción de incumplimiento porque se le «impone» su cumplimiento y se le niega la facultad resolutoria¹¹⁴.

Aun así, creemos que una vez decretada por el juez la continuación del contrato y manteniéndose una situación de incumplimiento por parte del concursado, el acreedor puede solicitar nuevamente la resolución. De forma un tanto confusa esta parecer ser la tesis mantenida por la sentencia del Juzgado mercantil nº 1 de Bilbao de 21 de septiembre de 2009¹¹⁵.

¹¹³ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, *Crisis Inmobiliaria y Derecho concursal*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 195, «normalmente la administración concursal o la concursada solicitará la resolución del contrato en aquellos casos en los que el coste del incumplimiento actual sea menor que el beneficio esperado con un contrato de reemplazo».

¹¹⁴ GARCIA VICENTE, JOSÉ RAMÓN, «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso», *Anuario de derecho concursal*, nº 13, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2008, pág. 353, señala gráficamente que «el contratante *in bonis* soporta el sacrificio de un contrato en vigor pero sin gozar de sus facultades defensivas respecto a los incumplimientos anteriores, puesto que según el derecho común de contratos hubiera podido oponer la excepción de contrato no cumplido para suspender el cumplimiento ulterior».

¹¹⁵ «Si los compradores se ven demandados por el concursado por impago del precio, podrá oponer las correspondientes excepciones de contrato no cumplido, no debidamente cumplido y, en una situación concursal como la presente, de riesgo de incumplimiento, atendiendo al régimen general de las obligaciones del Código Civil, no hay

Algún sector doctrinal, no obstante, opina que al no contener la ley especificación alguna sobre la utilización de la excepción *non adimpleti contractus* por parte del contratante *in bonis* —bien sea de contrato no cumplido o defectuosamente cumplido— aunque la declaración de concurso no afecte a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, el ejercicio de esta acción es procedente en concurso, excepto en los casos en que el juez acuerde el mantenimiento del contrato¹¹⁶.

15.2. El contrato no cumplido sujeto a condición o a término.

El cumplimiento del contrato sujeto a condición tiene una incidencia concreta en el concurso de acreedores, por cuanto el diferente tratamiento que se da a la situación de incumplimiento depende de si existen obligaciones pendientes por las partes o de si existe una causa de resolución antes del concurso y la posibilidad, por parte del juez, de resolver el contrato en interés del concurso fijando los efectos que produzca la declaración de resolución.

Si las obligaciones puras se diferencian de las condicionales (como indica el artículo 1113.1 CC) en que son exigibles desde luego mientras no dependan de un suceso futuro o incierto o de un suceso pasado que los interesados ignoren, en las obligaciones condicionales su eficacia o ineficacia depende de la realización o no de un acontecimiento futuro e incierto, siendo la incertidumbre o inseguridad la esencia propia de la condición. Las condiciones suspensivas hacen depender el nacimiento de la obligación —y las condiciones resolutorias de su

razón para temer que el deudor concursado no cumpla y sin embargo pretenda exigir que lo hagan los compradores».

¹¹⁶ Véase por ejemplo de BOZZO HAURI, SEBASTIÁN, en «La excepción del contrato no cumplido en materia concursal en España», *Revista de derecho*, vol. 26, nº 1, julio 2013, págs. 29-47, en la que dice que «el deudor demandado por la administración concursal podrá, con el objetivo de mantener el equilibrio patrimonial de las partes en el contrato bilateral, oponerse a su cumplimiento si existe a su vez un incumplimiento o un incumplimiento defectuoso del concursado. La excepción en este sentido es la mejor garantía ante el riesgo de inexecución de la contraparte decisión que no parece seguir la tónica de nuestros tribunales».

extinción— del acaecimiento del hecho concreto previsto en el pacto contractual.

Sobre la expresión del Código civil relativa a un «hecho futuro o incierto» seguimos el criterio de que el código expresa erróneamente el concepto de condición, que debe ser futura e incierta para que se considere como tal¹¹⁷, interpretación que es ratificada por la doctrina reiterada del Tribunal Supremo¹¹⁸, de forma que en las obligaciones suspensivas —o con condición suspensiva— la adquisición del derecho depende del acontecimiento futuro y que no se sabe si se producirá, suspendiéndose el cumplimiento de lo convenido hasta que acontezca el hecho.

En las condiciones resolutorias, cuando éstas tengan por objeto resolver la obligación y la condición se cumpla, las partes deberán restituirse lo que hubiesen percibido, con efectos *ex tunc* (artículo 1123 CC). Las obligaciones condicionales, no obstante, no son siempre y en todo caso válidas porque deben contener el grado de aleatoriedad necesario, siendo inadmisibles la condición puramente potestativa que dependa de la exclusiva voluntad del deudor por ir en contra de la misma «esencia» de la obligación ya que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1256

¹¹⁷ O'CALLAHAN MUÑOZ, XAVIER, en sus *Comentarios...*, *op. cit.*, señala que no tiene sentido la expresión del artículo 1113 CC como suceso futuro o incierto, apuntando textualmente que «n basta con que sea incierto para los sujetos de la obligación, tiene que serlo objetivamente; lo que se enlaza con la segunda expresión errónea: “o de un suceso pasado, que los interesados ignoren”: esto no puede ser una condición, aunque los sujetos la impongan como tal (es indudable y reiteradísima la frase de que las cosas son lo que jurídicamente son y no lo que las partes dicen que son); será un supuesto del nacimiento de la obligación, pero no una condición; cuando reúna los elementos, nacerá o no según se haya producido el suceso pasado aunque los sujetos lo ignoren; pero no puede su eficacia depender de que se produzca o no, pues ya se ha producido; para que sea condición tiene que ser futuro e incierto».

¹¹⁸ Afirma la STS de 22 marzo 2010, que «la condición suspensiva, como establece la ley (arts. 1113 y 1114 CC) y reitera la jurisprudencia (SS. 6 de mayo de 1991, 20 de abril de 1999, 15 de junio de 2004, 9 de diciembre de 2008, entre otras), subordina la exigibilidad de la obligación condicionada al suceso futuro e incierto en que consista la condición, de modo que no se produce la plenitud de efectos jurídicos hasta que se cumpla la misma».

CC)¹¹⁹. Si el obligado impide voluntariamente el cumplimiento de la condición, esta se entenderá cumplida (es lo que la doctrina conoce como «cumplimiento ficticio de la condición»), de forma que si la condición es suspensiva, nace a la vida jurídica y, si es resolutoria, se extingue el derecho de crédito¹²⁰.

15.2.1. Efectos concursales de las condiciones suspensivas.

En sede concursal las condiciones suspensivas tienen una importancia específica en lo que se refiere a la calificación de crédito. Si un contrato hace depender la exigencia de las obligaciones del acontecimiento de un hecho futuro e incierto, la calificación concursal del crédito será contingente en tanto no se cumpla o se constate la imposibilidad de cumplimiento de aquella condición. Mientras no se produzca el cumplimiento de la condición, existe nada más que un derecho aleatorio en favor del acreedor titular de la condición, por lo que su crédito debe ser calificado como ordinario y contingente en tanto no se produzca el cumplimiento expreso de la condición (o el «cumplimiento ficticio» a que antes nos referíamos, con alcance calificadorio diferente según el caso)¹²¹.

¹¹⁹ La STS de 28 de junio de 2007 entiende que la condición meramente potestativa «sólo se da si depende del "mero arbitrio" del obligado» y que debe sujetarse al desarrollo de los acontecimientos «ya que el referido artículo no permite que se modifique o extinga una obligación por la mera voluntad unilateral de uno de los contratantes, doctrina también expuesta en las SSTs de 27 de febrero de 1997, 13 de abril de 2004 y 30 de noviembre de 2005».

¹²⁰ A ello se refiere, con abundante cita de derecho histórico y de derecho comparado la STS de 18 de diciembre de 2013. «El artículo 1119 del Código Civil, para proteger las expectativas legítimas de la otra parte durante la situación de pendencia de la condición, regula el denominado cumplimiento impropio o ficticio de la misma. Con una fórmula, inspirada en el Digesto [...], dispone que se considerará cumplida cuando el deudor hubiera impedido "voluntariamente" su cumplimiento —al respecto, sentencias de 16 de noviembre de 1988, de 10 de noviembre de 2010 y 18 de diciembre de 2013—».

¹²¹ SJM nº 6 de Madrid, de 14 de octubre de 2013: «Resulta de ello que constante condición suspensiva y no producida la purificación de la misma por inactividad de las partes [...] en sede concursal debe concluirse la existencia de un "derecho eventual" a favor del acreedor condicional mediante el reconocimiento e inclusión como crédito concursal ordinario y contingente del art. 87.3 LC».

Supongamos la compra de un inmueble antes de la declaración de concurso del vendedor con una condición suspensiva de la entrega de la cosa en cuanto se produzca una determinada condición. En no pocos casos el cumplimiento de esta condición no depende de la voluntad de los contratantes —sin que se trate de una que quede al arbitrio de una de las partes— como, por ejemplo, la obtención de la licencia de edificación, y en la que el comprador va entregando cantidades a cuenta. El comprador podrá solicitar, por incumplimiento posterior al concurso (falta de licencia administrativa, *verbi gratia*), la resolución del contrato (artículo 61.2 LC) y pedir la recuperación de las cantidades entregadas, las cuales tendrían el tratamiento de crédito contra la masa activa por tratarse de un contrato de tracto único según el artículo 84.2.6° LC.

15.2.1.1. Calificación concursal del crédito derivado de la restitución.

Sucedee, en no pocas ocasiones, que la administración concursal califica estas obligaciones restitutorias como crédito contingente, porque entiende que se precisa una declaración expresa de restitución de la autoridad judicial para que pase a ser crédito contra la masa. Entendemos que, en estos casos, puede considerarse nula la cláusula relativa a la condición suspensiva que fija el inicio del cumplimiento, por aplicación de la legislación protectora de los derechos de los consumidores, incluso en el caso de que no exista un plazo de entrega inequívoco o concreto; es más, cualquier demora en la ejecución y entrega de la obra por un tiempo razonable otorga perfectamente el derecho a la resolución del contrato¹²².

¹²² SAP de Tarragona de 14 de enero de 2014: «[...] se fijó un plazo orientativo que vendría a conculcar lo establecido en el artículo 10 bis y la disposición adicional primera de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (en la redacción anterior al Real Decreto Legislativo 1/2007), el primero de cuyos preceptos dispone que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley", mientras que la segunda de las citadas normas establece que a los efectos previstos en dicho artículo 10 bis, tendrá el carácter de cláusula abusiva, entre otras,

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, disposición adicional primera, establece que las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, [...] deberán cumplir las condiciones siguientes: «Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución [...], o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda. Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial [...] de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. [...] La garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero».

Por lo tanto desde el momento en que el incumplimiento del concursado es claro y palpable es factible la resolución del contrato y el resarcimiento de los daños y perjuicios, sin que el comprador pueda quedar sujeto al posible convenio que pueda alcanzarse en el concurso. Se trataría, como hemos dicho, de un crédito contra la masa, sin que sea necesario distinguir si se trata o no de un contrato de tracto único o tracto sucesivo porque no lo hace expresamente el artículo 84.2.6º LC. En definitiva, no es válido el criterio de que el crédito sometido a una condición suspensiva haya de considerarse contingente, debiendo tratarse en un principio como crédito ordinario y sin perjuicio de recalificarse, obtenida ya la resolución con fijación de restituciones indemnizatorias, como crédito contra la masa.

Tampoco puede admitirse en sede concursal que la condición sea, simplemente, un elemento accidental del negocio porque en el caso de que en un contrato

"la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional". Incumplido el plazo de entrega de forma notoria por la vendedora, procede acordar la resolución del contrato (artículo 1124 CC), con mutua devolución de lo entregado, más los intereses legales [...] desde la interposición de la demanda».

bilateral con prestaciones recíprocas —y la compraventa lo es— una de las partes no cumpla con su obligación, la condición pactada deja de tener el posible carácter de elemento accidental. Lo mismo ocurre en un contrato transaccional, que no deja de ser un contrato sinalagmático cuyo incumplimiento determina que la parte *in bonis* pueda instar el cumplimiento o la resolución.

15.2.2. Efectos concursales de las condiciones resolutorias.

Una vez cumplida la condición resolutoria se extingue la obligación, pero a efectos concursales hemos contemplar si se ha producido la condición antes de la formación de la lista de acreedores, en cuyo caso este crédito no debería formar parte de la misma. Si la condición resolutoria acaece con posterioridad, la administración concursal puede excluirlo de la lista y someterlo a discusión por la vía incidental, pero partiendo de la premisa de que en las obligaciones condicionales resolutorias la pérdida se produce cuando tiene lugar el acontecimiento; es entonces cuando el crédito será vencido, líquido y exigible.

Una duda puede surgir en estos casos cuando se cumple la condición resolutoria y el acreedor del crédito condicionado hubiese participado en la votación para la aprobación del convenio. Debido a que la resolución por acaecimiento de la condición resolutoria produce efectos *ex tunc*, debería anularse la votación o, por lo menos, descartar el voto del acreedor titular del crédito condicionado con los efectos que tenga en relación con la aprobación del convenio, y ello en virtud del principio de conservación de los actos procesales válidos. En cualquier caso, creemos que la condición debe acaecer antes de la aprobación del convenio de forma que ni los acreedores ni la administración concursal hayan tenido conocimiento de ello; aprobado el convenio —y producida luego la condición— no ocasiona ningún efecto sobre aquél¹²³.

¹²³ Véase el estudio de BERMEJO GUTIÉRREZ, NURIA «El reconocimiento de créditos. Artículo 86», (coord. Rojo-Beltrán), *Comentario a la Ley concursal*, Editorial Thompson Civitas, vol. I, Madrid, 2004, pág. 1565.

Como norma general, el crédito sometido a condición resolutoria se deberá calificar como crédito condicional y mientras no se cumpla la condición tendrá el derecho que le corresponda en atención a su cuantía y calificación, de forma que una vez producida la condición, como antes hemos razonado, podrá ser anulado el sentido del voto del acreedor si hubiese sido decisivo.

15.2.2.1. Preferencia de los créditos con condición resolutoria.

La Ley concursal destaca que no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido por la ley, por lo que los créditos con privilegio son solo los del artículo 90 LC. Por lo que se refiere a los créditos con condición resolutoria —al igual que los derivados de un arrendamiento financiero o de la compra con precio aplazado, reserva de dominio o prohibición de disponer—, gozan de privilegio especial.

La ley no habla de preferencias, sino de privilegios, aludiendo *nominatim* al vendedor, al arrendador financiero y al financiador de ventas a plazo, aunque exige que se haya pactado una garantía en forma de reserva de dominio, prohibición de disponer o condición resolutoria, de modo que es esta garantía a la que están sujetos los bienes lo que determina el privilegio más allá del derecho general del acreedor derivado del contrato¹²⁴.

15.2.2.2. Condiciones resolutorias en las pólizas de préstamo y créditos.

Otro tanto puede decirse de las pólizas de préstamo y crédito, en concreto de los documentos que usualmente contienen la facultad del acreedor (entidad financiera) para exigir la cancelación del crédito en cualquier momento, con la

¹²⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, BLAS ALBERTO en «Las preferencias de créditos en las ejecuciones singulares y su relación, actual y proyectada, con la Ley concursal», *Diario La Ley*, nº 6794, Sección Doctrina, 5 de octubre de 2007.

obligación del deudor de satisfacer las cantidades adeudadas. En caso de concurso de acreedores, vencido el crédito o iniciado un procedimiento judicial y tratándose de un crédito litigioso¹²⁵, deberá reconocerse como crédito contingente sin cuantía propia, aunque el acreedor estará legitimado para sostener el pleito sin más pero con suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro, y, si el crédito se confirma, el acreedor tendrá el derecho en concurso que corresponda a la calificación del crédito. Si se considera probable el cumplimiento de la condición resolutoria el juez podrá, incluso, adoptar las medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la masa, o la prestación de fianzas por las partes y cualesquiera otras que considere oportunas (artículo 87.3 y 4 LC).

Todo ello sin perjuicio de que tales cláusulas (nos referimos a aquellas que permiten resolver la póliza de crédito si se entiende que disminuye la solvencia del deudor, como en el caso de un concursado), puedan considerarse nulas por dejar su cumplimiento a la voluntad de una de las partes (artículos 1115 y 1281 CC), ya que esto no deja de ser una facultad unilateral de resolver el contrato de préstamo en favor únicamente del acreedor prestamista sin respetar el plazo de la póliza, e implica una clara falta de equilibrio entre las prestaciones, por lo que la cláusula no es conforme ni a la buena fe ni al uso ni a la ley (artículo 1258 CC), rompiéndose el principio de equivalencia.

15.2.3. Obligaciones condicionales y obligaciones a plazo y su tratamiento en el concurso.

Hay que distinguir las obligaciones condicionales de las obligaciones a plazo. La obligación condicional es diferente de la obligación a plazo: aquélla depende de un hecho futuro e incierto, mientras que la obligación a plazo se refiere a algo que debe cumplirse en un momento determinado, en un día cierto, siendo

¹²⁵ Litigio que no hace falta que sea civil, sino que puede admitirse la contradicción existente por vía penal, como reconoce las STS de 20 de septiembre de 2016 si en esta vía se pone de relieve de forma clara la controversia sobre la validez o existencia misma del crédito.

este el que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo (el *dies certus an et incertus quando* clásico del Derecho Romano), y será condicional cuando la incertidumbre consista en saber si llegará o no el día (artículo 1125 CC). Las obligaciones en las que se sabe el día cierto solo son exigibles cuando llegue el día y sus efectos no se retrotraen al momento en que se constituyó, al contrario de lo que sucede con las obligaciones condicionales (artículo 1120 CC)¹²⁶.

A los créditos de las Administraciones públicas y sus organismos públicos le es de aplicación también el supuesto especial de reconocimiento como crédito condicional si se hallan recurridos en vía administrativa o jurisdiccional (artículo 87 LC que ordena reconocerlos como créditos condicionales), aun cuando su ejecutividad se encuentre cautelarmente suspendida. Se parte de la base de la presunción *iuris tantum* de la validez del acuerdo administrativo hasta que no se demuestre la ineficacia del mismo¹²⁷. No obstante, si se ha solicitado y obtenido la suspensión de la eficacia del acto administrativo impugnado no serán créditos sometidos a condición resolutoria. Mientras dure la suspensión se tratarán en el concurso como créditos sometidos a condición suspensiva y habrá de calificarse como créditos contingentes sin cuantía propia y sin derechos de adhesión, voto o de cobro. Una vez se proceda a levantar la suspensión administrativa, tendrán entonces la consideración de créditos sometidos a condición resolutoria quedando al arbitrio del juez del concurso el considerar si debe mantenerse o no la eficacia del acto administrativo.

¹²⁶ En este sentido se expresaba, entre otras, la STS de 20 de julio de 1990, cuando refiere que comprador y vendedor señalaron un determinado acontecimiento como momento determinante de la consumación de un contrato de compraventa ya perfeccionado, y ello no puede considerarse como condición —porque la esencia de la condición está en su incertidumbre— sino como plazo por corresponder a un día que necesariamente ha de venir aunque se ignore cuándo (*dies certus an et incertus quando*), debiendo estar a la llegada de este acontecimiento para establecer, en palabras de la sentencia, «el cumplimiento total (consumación) del contrato, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa y el pago del resto del precio».

¹²⁷ Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa, artículo 39.1 LRJPAC (antes artículo 57.1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reformada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre).

Si se tratase de un procedimiento administrativo sancionador, entendemos que antes debe agotarse la vía administrativa a tenor del contenido de los artículos 98 y 85 LRJPAC (antes de la reforma, artículos 94 y 138) derivando en crédito sometido a condición resolutoria una vez se confirme la resolución en vía administrativa¹²⁸.

15.2.4. Compraventa a plazos.

Se entiende por compraventa a plazos el contrato por el cual el comprador puede ir satisfaciendo el precio al vendedor en períodos o cuotas establecidas y posteriores a la entrega de la cosa. Los efectos que sobre la vigencia de este contrato produce la declaración de concurso se determinan en el artículo 61.2 LC (por lo que atañe a la consideración de crédito contra la masa de las obligaciones pendientes de cumplimiento por el concursado) y por el artículo 62.1 LC (imposibilidad de pedir la resolución del contrato si se trata de un contrato de tracto único de incumplimiento anterior a la declaración de concurso).

No existe duda de que el contrato de compraventa a plazos es de tracto único, por más que se haya convenido que el cumplimiento de las prestaciones se dilate en el tiempo. Siendo ello así (artículo 62.1. LC), después de la declaración de concurso, la parte *in bonis* en un contrato de tracto único sólo puede resolver el contrato si el incumplimiento es posterior al concurso, contrariamente a lo que ocurre cuando se trata de un contrato de tracto sucesivo, en el que podrá ejercitarse la potestad resolutoria también cuando el incumplimiento fuere anterior a la declaración de concurso¹²⁹.

¹²⁸ Siguiendo las tesis de BERMEJO GUTIÉRREZ, NURIA en *Comentario...*, *op. cit.*, págs.1559-1577.

¹²⁹ Véase, como complemento doctrinal, las referencias a la legislación anterior en materia de compraventa de mercancías a plazo VERDÚ CAÑETE, MARÍA JOSÉ, en «Notas sobre el nuevo derecho concursal», *Anales de derecho*, nº 22, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, págs. 391-410.

Mención aparte merece la venta a plazos de bienes muebles porque la ley especial instaura una serie de garantías para el vendedor en caso de incumplimiento por parte del comprador¹³⁰, como es la preferencia para el cobro concedida al vendedor sobre el resto de acreedores del concurso siempre que el contrato aparezca inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, con la especial circunstancia de que el bien comprado a plazos no deberá incluirse en la masa del concurso hasta que no se haya pagado en su totalidad.

Cuando el vendedor opte por la resolución del contrato, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas, de forma que el vendedor podrá exigir el 10% de los plazos vencidos en concepto de indemnización y el desembolso inicialmente realizado, si fuere el caso.

16. Los contratos con prestaciones accesorias.

Son prestaciones accesorias aquellas cuya existencia depende bien de otras obligaciones o de algunos derechos reales a que acceden. Un ejemplo clásico de obligación accesoria de otra obligación es la que nace de un contrato de fianza por el que una parte (fiador) garantiza el cumplimiento de la obligación a cargo del deudor principal. Las obligaciones accesorias que acceden a un derecho real se suelen denominar obligaciones reales o *propter rem*¹³¹ y se caracterizan porque colocan al deudor en la necesidad de realizar determinada prestación en función del derecho real que se tiene sobre una cosa.

Las obligaciones accesorias como la prenda, la hipoteca o la anticresis, están subordinadas a la obligación principal, entendida ésta como el pacto que existe

¹³⁰ Artículo 16.5 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a Plazos de Bienes Muebles.

¹³¹ En los derechos reales las obligaciones *propter rem* contienen una obligación accesoria generalmente a cargo de la persona titular de la cosa gravada, como puede deducirse, por ejemplo, del artículo 533 CC relativo a la servidumbre del predio sirviente. También se las conoce como obligaciones *ob rem*, o, más llanamente, obligaciones reales.

por sí mismo y con un fin propio sin que dependa de ninguna otra estipulación o convenio; en cambio, la naturaleza jurídica de las obligaciones accesorias consiste en su dependencia jurídica de otro contrato. La extinción de la obligación principal involucra directamente la extinción de la obligación accesoria (hipoteca que garantiza el pago de un préstamo, por ejemplo), mientras que la extinción de la obligación accesoria no tiene ningún efecto respecto de la obligación principal (el pago o no de los intereses no influye sobre la obligación de devolver la suma prestada).

Las obligaciones accesorias son irrelevantes en el concurso de acreedores porque no forman parte de la sinalagmaticidad contractual y, en consecuencia, no tienen cabida en el artículo 61 LC. Pero pueden tener alguna trascendencia en el concurso determinadas situaciones jurídicas que afectan a las obligaciones accesorias. Pensemos en el caso de una condonación del artículo 1156 CC, que extingue la obligación principal y, a su vez, las prestaciones accesorias; o la fianza del artículo 1847 CC en la que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones, sin distinción. En estos casos debemos forzosamente acudir al artículo 135 LC que ordena la subsistencia de los derechos de las obligaciones solidarias del concursado con sus fiadores y avalistas respecto a los acreedores que no han votado el convenio. Por esta razón es en principio cuestionable en sede concursal que la condonación como novación extintiva de la obligación se pueda hacer extensible a las prestaciones accesorias¹³².

¹³² PULGAR EZQUERRA, JUANA, *El concurso de acreedores: la declaración*, La Ley Actualidad, Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2009, pág. 206: «En efecto, al artículo 135 LC, lo que viene a establecer es la subsistencia plena de los derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas a favor de “los acreedores que no hayan votado a favor del convenio” no pudiendo ser conceptuados dichos acreedores en el sentido de los terceros a los que hace referencia el artículo 1207 CC».

16.1. Inaplicabilidad del artículo 61 LC a los contratos con prestaciones accesorias.

En general, en el concurso de acreedores los contratos con prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento o incumplidas no entran dentro de lo dispuesto en el artículo 61 LC, aunque puede resultar materia no tan pacífica, por ejemplo en los casos de evicción en que los vicios se hayan manifestado antes del concurso, en cuyo caso debería entenderse incumplido el contrato.

Cuando hablamos de incumplimiento en sede concursal entendemos que este debe ser siempre el de una obligación principal, no de una accesoria o complementaria de aquélla. Si declarado el concurso el concursado procede al cumplimiento sustancial de la obligación principal quedando pendiente el cumplimiento de obligaciones accesorias y no esenciales, el contrato y sus prestaciones deben sujetarse a lo dispuesto en el artículo 61.1 LC, por lo que no se puede exigir la acción de cumplimiento en este caso.

16.2. La fianza como obligación accesoria y su clasificación.

Por medio de la fianza (obligación accesoria) se garantiza el cumplimiento de una obligación ajena de forma que el fiador asume cumplirla (la obligación principal); con este mecanismo jurídico se establece un vínculo contractual nuevo mediante el cual el fiador se convierte en un sujeto «obligado principal» en caso de incumplimiento (artículos 1822 y 1856 CC).

La fianza puede ser solidaria o subsidiaria de la obligación principal sin perder su naturaleza de obligación accesoria y el fiador se considera por ello como deudor principal¹³³. Sin duda, la accesoriedad de la fianza determina que el fiador puede obligarse a menos pero no a más que el deudor principal (artículo 1826 CC). En el reconocimiento del crédito del acreedor en el concurso debe

¹³³ La STS de 11 de noviembre de 1987 vino a declarar que el fiador debe ser considerado como un deudor principal porque «a virtud de la solidaridad pasa el fiador a ser considerado como si de un deudor principal se tratara, con la cualidad de *in solidum*».

contemplarse, por lo que respecta al fiador, por el mismo importe que se haya reconocido en el concurso al deudor principal, y si la fianza es más extensa que el propio crédito garantizado, debe reducirse el exceso no propiamente garantizado. De cualquier forma, el crédito contra el fiador solidario concursado no se calificará como contingente sino con la misma clasificación que tenga la obligación principal garantizada¹³⁴.

En el supuesto de que se pretenda resolver la garantía es necesario atacar también el préstamo que la condiciona, lo que no es posible en sede concursal en caso de concurso del garante no deudor, cuyo préstamo beneficia a otra persona porque, en definitiva, esta garantía no perjudica a la masa activa del concurso y lo único que se conseguiría —de ser posible— es la resolución del préstamo y el nacimiento de un crédito concursal en favor del prestamista. En esta materia la posible eliminación de la garantía sólo ocasiona el efecto de su cancelación y desaparición, manteniéndose la relación obligacional subyacente porque el derecho real de garantía es accesorio a la deuda que garantiza con su constitución. Es posible en concurso rescindir la garantía en base a los fundamentos rescisorios del artículo 71 LC, aun cuando no se rescinda la deuda principal, por lo que una vez rescindida la hipoteca la obligación subyacente permanece y sigue desplegando sus efectos con arreglo al contrato. No obstante, solo puede hacerse efectiva la obligación principal contra el obligado concursado en el propio proceso concursal.

¹³⁴ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, JAVIER, «El crédito contra el fiador solidario declarado en concurso. Su tratamiento jurisprudencial», *Diario La Ley*, n° 7525, Sección Tribuna, 10 de diciembre de 2010, donde aclara estas consecuencias respecto al «codeudor» entendiéndolo que «en rigor quepa matizar la figura del fiador y la del codeudor no sean del todo equiparables, en tanto el fiador garantiza un crédito ajeno y no uno propio».

III. LA VIGENCIA DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS EN EL CONCURSO.

1. El mecanismo regulatorio de la vigencia concursal de los contratos con obligaciones recíprocas establecido en el artículo 61 LC.

1.1. Avatares legislativos

El artículo 61 LC es uno de los que mejor ha resistido los sucesivos embates legislativos que han culminado en más de treinta reformas de la Ley concursal desde su entrada en vigor. De hecho el artículo 61 LC solo ha sido reformado dos veces, una de ellas sin ninguna trascendencia dogmática¹³⁵. La verdadera reforma de este artículo consistió en añadir un párrafo al punto dos del artículo para hacer una referencia expresa a los contratos de arrendamiento financiero y, en concreto, a efectos de fijar la posible indemnización en el momento de resolver el contrato.

Efectivamente, la reforma¹³⁶ implantó el criterio de que, en la resolución de los contratos de arrendamiento financiero, en el caso de que no exista acuerdo entre las partes sería necesario acompañar a la demanda incidental una tasación pericial de los bienes cedidos en arrendamiento con el fin de poder ser tomada en cuenta en el momento de fijar la indemnización. El artículo 62 LC no ha sido, en cambio, reformado en ninguna ocasión y responde a la redacción original de la Ley concursal.

1.2. Concepto de vigencia contractual en el concurso.

¹³⁵ Se trata de una reforma puramente procesal como es la establecida en la Ley 13/2009 de 3 de noviembre de Reforma de la legislación procesal para implantación de la nueva oficina judicial.

¹³⁶ Ley 38/2011 de 10 de octubre la reforma de la Ley concursal.

Concebimos la vigencia contractual como el plazo durante el cual el contrato permanece vivo y las partes vinculadas a él deben cumplir, dentro de este lapso temporal, cada una de sus obligaciones contractuales. Los contratos de tracto sucesivo, como el de arrendamiento, tienen efectos concursales distintos de los contratos de tracto único aunque éstos contengan la obligación de entregar las prestaciones de forma periódica, discontinua o incluso parcial. En el contrato de tracto sucesivo las prestaciones anteriores a la declaración del concurso son créditos concursales mientras que las posteriores son créditos contra la masa¹³⁷. Para el caso de entregas fraccionadas de la prestación debe distinguirse si el incumplimiento es anterior o posterior al concurso: si es anterior el acreedor tiene un crédito concursal mientras que si es posterior resulta tenerlo contra la masa¹³⁸.

La Ley concursal contiene un importante cambio de esquema en cuanto a la eficacia de la insolvencia sobre los contratos en vigor al declarar la continuidad de los mismos de forma general. La principal singularidad de la ley estriba en los efectos que se originan si el contrato vigente está pendiente de cumplimiento por una sola de las partes o por ambas. Por ello, el contrato en sí mismo, aunque se declare el concurso, permanece inalterable si no hay un interés especialmente favorable al concurso para su resolución, siendo este el juicio clave, fundamentado específicamente en el criterio de continuidad empresarial (véase el artículo 44.1 LC: «la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor»).

La aplicación del principio de vigencia de los contratos condiciona y determina, pues, la permanencia de estos más allá del concurso: No obstante, la conti-

¹³⁷ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO MIGUEL Y ROJO FERNÁNDEZ-RIO, ÁNGEL JOSÉ (coord. A. B. Campuzano y M.L. Sánchez), *Legislación y jurisprudencia concursales*, Editorial Aranzadi, S.A., 3ª edición, Cizur Menor, 2013, pág. 122.

¹³⁸ MARTÍNEZ-FLÓREZ, AURORA, «Artículos 61, 62 y 63. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», *Comentario de la Ley concursal* (coord. Rojo-Beltrán), Thomson Civitas, S.A., Madrid, 2004, págs. 1115 y ss.

nuación del contrato no lo es en base a las reglas generales del cumplimiento de las obligaciones porque el contrato sigue ejecutándose sin perjuicio de cumplimiento o incumplimiento; tanto es así que la falta de cumplimiento de las prestaciones a cargo del concursado no posibilita de forma automática la resolución del contrato.

1.3. Consecuencias de la aplicación del principio de vigencia contractual.

El principio de vigencia contractual de los contratos en concurso implica que, para exigir el cumplimiento a la parte *in bonis*, pueda alegarse el incumplimiento con fundamento en el artículo 62 LC, es decir que el incumplimiento posterior al concurso determina la posible facultad de resolución. En lo que atañe al principio de vigencia, lo determinante es que el concurso no es motivo de resolución automática del contrato y el contrato puede continuar, aunque ni el concursado ni la contraparte están obligados a continuarlo si carece de interés para el concurso, lo que debe determinar el juez del concurso, pudiendo resolverse aunque no exista incumplimiento.

Incluso más: el principio de vigencia contractual en concurso no quiere decir que deban subsistir todos y cada uno de los pactos contractuales sean cuales fueren, de forma que si alguna de las cláusulas vulnera los principios del derecho concursal —que supedita el interés particular de los acreedores a la consecución del interés general, que es el del concurso, y la satisfacción de los acreedores— puede ser anulada. Las normas de derecho concursal son, por lo demás, indisponibles y de *ius cogens*, por lo que resultarían ineficaces los pactos que vulnerasen esta imperatividad, como lo sería, por ejemplo, el sometimiento de las partes a un fuero distinto del fuero del concurso.

1.4. Eficacia e invalidez de los contratos desde la perspectiva concursal.

Por eficacia del contrato entendemos la capacidad para producir los efectos jurídicos propios del mismo, ya sea constituyendo, modificando o extinguiendo una determinada relación jurídica por propia voluntad de las partes en virtud del principio de la libertad de pactos y de la autonomía propia del negocio jurídico. La naturaleza jurídica de la eficacia es diferente de la validez del contrato, que se refiere exclusiva y directamente a la necesidad de que lo pactado resulte conforme a los requisitos legales para que el convenio pueda producir sus efectos. Por lo tanto, la invalidez del contrato no siempre implica la carencia de producción de efectos eficaces del mismo, aunque la ineficacia signifique ausencia total de efectos. La invalidez contiene siempre un juicio negativo de valor que puede conducirnos a la nulidad absoluta o relativa, más conocida doctrinalmente como «anulabilidad». La invalidez contractual exige que el defecto del contrato sea relevante y la ausencia de sus elementos esenciales tiene la característica de nota sancionadora determinante de la pérdida de sus efectos jurídicos.

En concurso, la invalidez asoma prontamente en el articulado del texto, en concreto en la limitación de las facultades patrimoniales del concursado y los actos realizados por este con infracción de lo dispuesto en las limitaciones que impone la ley, siendo a petición de la administración concursal —y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado— el ejercicio de esta acción. Ésta, no obstante, tiene sus particulares límites de caducidad si después de requerida la administración concursal transcurriese un mes sin que se ejercitase la acción de anulación, la cual caducará, como también lo hará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de esta (artículo 40.7 LC)¹³⁹.

¹³⁹ Véase particularmente MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUIS, «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 11, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2007, págs. 18 y ss. También PARRA LUCÁN, M^a ÁNGELES en «Las limitaciones patrimoniales del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores», *Aranzadi Civil*, nº 2, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2010, págs. 69-108, quien acerca de la difícil cuestión del tipo de invalidez sostiene que «en principio, podría parecer razonable la aplicación por analogía de la norma contenida en el art. 40.7, que establece un peculiar régimen de anulabilidad para los actos que infringen las limitaciones a las facultades de dispo-

1.4.1. Anulabilidad de los actos del concursado.

Este régimen de anulabilidad de los actos jurídicos tiene particularidades especiales en el concurso diferentes del derecho común. Los actos del deudor realizados con infracción de las normas de la Ley concursal no pueden ser anulados más que por la administración concursal y siempre que no los haya confirmado o convalidado; es decir, que el ejercicio de la acción de invalidez no reside ya, en sede concursal, en la parte contratante que la pueda alegar sino en el órgano de la administración concursal, siendo ello plenamente lógico y coherente puesto que la finalidad del concurso es la satisfacción y cobro de los créditos y no la cobertura o protección del deudor.

De esta forma, la anulabilidad adquiere una nueva dimensión jurídica, siendo indiferente para su ejercicio el perjuicio para la masa activa. Pero los acreedores no quedan desprotegidos ante la decisión o inacción de la administración concursal puesto que tienen una intervención indirecta al permitirse llamar la atención a la administración concursal para que emita su opinión en relación con la anulabilidad o la posible confirmación o convalidación del contrato, incluso en el supuesto de que la administración concursal se mostrase inactiva —lo que podría dar lugar a su convalidación tácita o a la caducidad (no prescripción) de la acción—. Esta potestad no es una legitimación subsidiaria como pueda ser la del artículo 54.4 LC sobre las acciones de carácter patrimonial del concursado, pero sí que abre una puerta a la responsabilidad de la administración concursal como la que impone el artículo 36 LC por los daños y perjuicios

sición impuestas al concursado. Sin embargo, el argumento analógico no resulta totalmente convincente, puesto que, previamente a la analogía, una interpretación sistemática de la norma que exige la autorización judicial llevaría a la conclusión contraria: si el legislador no ha introducido la anulabilidad en el art. 43 LC es, precisamente, porque no es ese el régimen de invalidez que considera preferible para este supuesto».

causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley si su silencio se interpretase como falta de diligencia (artículo 40.7 LC)¹⁴⁰.

1.4.2. Efectos de la invalidez del contrato en el concurso.

En cuanto a los efectos de la invalidez y a tenor de lo que establece con carácter general el artículo 1303 CC, el efecto normal del contrato inválido es la restitución de las prestaciones, aunque los efectos no son los mismos en sede concursal. Por ejemplo, si la obligación del concursado consistía en un pago a un acreedor que se declara nulo, se impone la devolución del crédito a la masa activa, sin perjuicio de la calificación que corresponda al crédito; si un tercero exige cumplir el contrato que se considera nulo puede la administración concursal negar el cumplimiento con independencia de lo que pueda resultar en cuanto a los efectos rescisorios del artículo 73 LC y la calificación del crédito contra la masa o como subordinado según los casos (artículos 84.2.8º y 92.6º LC).

En cuanto a la rescisión de un contrato en concurso, la restitución de las prestaciones no puede confundirse con la restitución civil de los contratos nulos que no tiene encaje en la legislación concursal. La anulación de un contrato en el supuesto del artículo 40.7 LC origina, a lo sumo, un crédito ordinario, puesto que la restitución no suscita ni un crédito privilegiado ni subordinado, por lo que, ante el silencio legal, deberá considerarse como ordinario siguiendo el dictado del artículo 89.3 LC.

2. Vigencia de las situaciones posesorias en el concurso.

En la posesión «inmediata» el poseedor que detenta la cosa tiene el ejercicio directo de la posesión, mientras que en la posesión «mediata» la posesión lo es a través de otro: es una mera apariencia de derecho. La posesión mediata crea

¹⁴⁰ Véase PULGAR EZQUERRA, JUANA y otros en «Artículo 40», *Comentarios a la legislación concursal*, tomo I, Dykinson, S.L., Madrid 2004, pág. 601.

una relación jurídica especial entre el poseedor inmediato y poseedor mediato¹⁴¹. Así, por ejemplo, en el caso del contrato de arrendamiento, el arrendador propietario de la cosa es el poseedor mediato mientras que el arrendatario es el poseedor inmediato que disfruta de la cosa arrendada, porque el propio Código civil distingue (artículo 432 cuando señala que a posesión en los bienes y derechos puede tenerse en concepto de dueño o en el de tenedor de la cosa perteneciendo el dominio a otra persona) entre posesión en concepto de dueño y en concepto distinto del de dueño¹⁴².

En cualquier caso, la recuperación de la posesión no hace falta tramitarla en sede concursal puesto que no pretende la efectividad de derecho de crédito alguno, siendo distinto de una ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, especialmente prevista bajo determinados presupuestos en los artículos 56 y 57 LC y, por ende, a tramitar en el concurso. Debido al carácter universal del proceso concursal la Ley concursal es sensible a la necesidad de que las ejecuciones patrimoniales del deudor concursado se unifiquen de forma que solamente exista un órgano competente, que será el juez del concurso, sin que puedan darse ejecuciones separadas o singulares. Pero cuando se trata de recuperar simplemente la posesión no entra en juego la Ley concursal: el fenómeno posesorio es ajeno al concurso¹⁴³.

¹⁴¹ La STS de 30 de septiembre de 1964 señala que «el artículo 432 del Código Civil «[...] admite una posesión en concepto de dueño, y otra en concepto de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona, distinguiendo la posesión “inmediata” [se trata de un error en Roj: STS 1270/1964-ECLI:ES:TS:1964:1270, Id Cendoj: 28079110011964100306. Quiere decir “mediata”] o superior que se tiene por medio de otro, y la posesión inmediata o subposesión; de donde se deduce que cuando hay una persona que posee a título de tenedor de la cosa, reconociendo su dominio en otra persona, existen, en realidad, dos poseedores, ya que el propietario no pierde la posesión de su derecho de propiedad, aunque materialmente no posea la cosa».

¹⁴² Véase HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *La posesión*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1980, pág. 109. También JARILLO GÓMEZ, JUAN LUIS, «La posesión en el código civil. Significación de la posesión dentro de los derechos reales», *Saberes, Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, Universidad Alfonso X El Sabio, vol. 6 (separata), 2008. FUENTESECA DEGENEFFE, CRISTINA, *La posesión mediata e inmediata*, Dykinson, S.L., Madrid, 2002.

¹⁴³ En el Auto número de 23 de julio de 2012, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª, consideraba competente al Juzgado de 1ª Instancia para instar la entrega de la

2.1. La tercería de dominio y su tratamiento concursal.

La tercería de dominio tiene como finalidad liberar las trabas de unos bienes embargados al deudor cuando estos son propiedad de un tercero. Practicada una traba o embargo sobre bienes que no son propiedad del deudor, debe liberarse la traba porque en realidad es una apariencia de embargo. El objeto de la tercería de dominio es poner fuera del alcance de la ejecución los bienes del tercerista decretándose la reintegración de estos bienes a su legítimo poseedor. El deudor no dueño al que se le ha practicado el embargo es, en el mejor de los casos, un mero poseedor inmediato por cualquier título jurídico.

Si bien es cierto que la tercería de dominio no es lo mismo que la acción reivindicatoria —su objeto no es la obtención del bien sino levantar el embargo— son evidentes las analogías entre ambas acciones¹⁴⁴. La distinción fundamental entre ellas radica en que la acción reivindicatoria va dirigida contra el «poseedor no propietario» de la cosa, mientras que tercería se dirige contra el ejecutante que no la posee y, simultáneamente, contra el ejecutado que tampoco la posee.

En el concurso de acreedores el ejercicio de la acción de tercería de dominio puede tener una importancia relevante por cuanto se trata, a la postre, de separar un bien de la masa activa del concurso y excluirlo del inventario elaborado por la administración concursal, lo que habrá de producir algún reflejo patrimonial en los derechos de los restantes acreedores. Para la viabilidad de la tercería de dominio hay que tener en cuenta, de entrada, el artículo 55 LC que proscribe la iniciación de ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales,

posesión basándose en la extinción del derecho del concursado a poseer el inmueble y en que no es aplicable en este caso el artículo 8.3 LC.

¹⁴⁴ Véase STS de 7 de mayo de 2003 en la que se declara que el objeto del juicio de tercería es liberar el embargo de bienes indebidamente trabados excluyéndolos de la vía de apremio «teniendo indudables analogías con el ejercicio de la acción reivindicatoria aunque no pueda identificarse con la misma».

apremios administrativos o tributarios contra el concursado una vez declarado el concurso; cualquier actuación en este sentido debe suspenderse porque rige el principio de universalidad de la masa pasiva y activa¹⁴⁵. Por ello es cuestionable que pueda sostenerse una tercería de dominio en las actuaciones posteriores al concurso porque no se respetaría el principio de universalidad y los necesarios efectos suspensivos que implica la declaración de concurso frente a las ejecuciones singulares, pero entendemos que cabe la posibilidad (dentro y «ante» el juez del concurso) de ejercitar la tercería con el fin de levantar el embargo.

Aunque se quiera entender la tercería de dominio como algo encaminado exclusivamente al levantamiento del embargo, en puridad no es así: la tercería persigue la declaración de no pertenencia del bien al embargado, por lo que tratándose de una acción con trascendencia patrimonial dirigida contra el patrimonio del concursado entendemos competente al juez del concurso para su tramitación, de acuerdo con el artículo 8 LC.

Un caso concreto se trató en la SAP de Valencia de 13 de julio de 2009, al plantearse el supuesto de que, en una ejecución dineraria, el sobrante de la subasta no pertenecía al ejecutante y era discutida entre este y otro deudor en concurso de acreedores. Declarado este y tratándose de un acto con trascendencia patrimonial y al no haber acuerdo sobre la propiedad del sobrante de la subasta, debe ser el juez del concurso quien dirima la cuestión del destino del sobrante a través de la acción de tercería, en este caso de mejor derecho.

3. Vigencia de los contratos e imposibilidad de rescisión por mera declaración de concurso.

¹⁴⁵ Confróntense los artículos 49 y 76 Ley concursal sin perjuicio de la aplicación del principio de unidad de procedimiento señalado en la exposición de motivos y el artículo 8 de la Ley concursal.

El artículo 61.3 LC prescribe que 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. El precepto, diáfano en sus propios términos, no permite mayores exégesis. No obstante, el problema no queda zanjado porque existen excepciones notables, como los contratos de arrendamiento financiero celebrados con una entidad financiera en el marco de otras operaciones, y que requieran la compensación o liquidación entre ambas partes.

Esta ambigüedad motivó la introducción del artículo 16 del Real Decreto 5/2005 de 11 de marzo, consagrándose una auténtica franquicia a favor de las entidades financieras para incluir cláusulas de resolución o vencimiento anticipado de determinados contratos en caso de declaración de concurso. Véase, a título de ejemplo, cómo en el apartado 1 del artículo 16¹⁴⁶ se advierte que la declaración de vencimiento anticipado del contrato no se verá limitada o restringida por la apertura de un procedimiento concursal: clara y notable excepción a la prohibición de la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos sinalagmáticos. Más adelante se estudiará ampliamente este tipo de contratos y su importancia en el concurso.

En principio, pues, y como norma general, la declaración de concurso no puede soslayarse por la voluntad de las partes en orden al mantenimiento de los contratos. Se exceptúan los supuestos especiales previstos en el artículo 63 LC, es decir, cuando proceda la denuncia unilateral del contrato conforme a la ley o

¹⁴⁶ Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. *Artículo 16*: La declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente del acuerdo de compensación contractual o de las operaciones financieras realizadas en el marco del mismo o en relación con él no podrá verse limitada, restringida o afectada en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa. En caso de ejercicio de la acción resolutoria la indemnización prevista en el artículo 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal se calculará conforme a las reglas previstas en dicho acuerdo (precepto redactado por el apartado trece del artículo segundo de la Ley 7/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública).

mediante la aplicación de leyes especiales que permitan este pacto (ley especial mencionada en el párrafo anterior).

3.1. Supuestos que permiten la denuncia unilateral del contrato una vez declarado el concurso.

Existen supuestos especiales que facultan la denuncia unilateral del contrato, como sería, por ejemplo, el contrato de agencia regulado por la Ley 12/1995 de 27 de mayo de Contrato de Agencia, y en concreto por lo establecido en el artículo 25.1 —precepto vigente en toda su extensión— que prescribe que el contrato de agencia de duración indefinida se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito, siendo su plazo el de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses; si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes. Más abiertamente el artículo 26.1 b) de la Ley de Contrato de Agencia señala que cada una de las partes de un contrato de agencia pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, tanto por incumplimiento total o parcial del contrato como cuando la otra parte haya sido declarada en concurso de acreedores¹⁴⁷.

Otro supuesto de denuncia unilateral por cualquiera de las partes se da en el contrato de arrendamiento de obra del artículo 1594 CC, cuando señala que el dueño de la obra puede desistir por su propia voluntad de la construcción aunque se haya empezado, previendo una indemnización al contratista de los gastos que pudiera haber ocasionado. Entendemos que no tiene sentido alguno criticar la facultad de desistimiento *ad nutum* en sede concursal por cuanto la masa activa no varía, que es de lo que se trata, y carece de lógica el mantener

¹⁴⁷ En concreto modificado por la disposición final vigesimonovena de la Ley concursal que reforma la Ley del Contrato de Agencia, redactando de nuevo el párrafo del apartado 1 del artículo 26.

un contrato a la fuerza cuyo interés para el concurso es muy relativo con un contratista concursado, igual que si el concursado es el dueño de la obra.

También, en el mismo orden de cosas, la Ley de Contrato de Seguro 50/1980 de 8 de octubre, en su artículo 37¹⁴⁸ establece la facultad del asegurador de resolver el contrato de seguro tanto una vez declarado el concurso como en caso de apertura de la fase de liquidación.

Otro supuesto legal que dispone y consiente la extinción del contrato por la declaración del concurso es el artículo 1732.3º CC en relación con el contrato de mandato, por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o mandatario. El apartado 3º de dicho artículo fue reformado¹⁴⁹ y sustituida específicamente la palabra «quiebra» por la de «concurso», sin mayor variación, con lo que la voluntad del legislador de mantener esta excepción de resolución del contrato de mandato es obvia.

El mismo mecanismo se produce en el contrato de comisión mercantil en relación con el asegurador que fuere declarado en concurso, en cuyo caso el comisionista tendrá la obligación de concertar nuevo contrato de seguro salvo que el comitente le hubiera prevenido otra cosa¹⁵⁰. Más dudoso, por su falta de precisión técnica, es el supuesto del artículo 280 Ccom que prevé la rescisión (en puridad «resolución») del contrato de comisión mercantil por la «inhabilitación» del comisionista. La interpretación de este precepto podemos realizarla a partir del sentido que tenía la palabra «inhabilitación» en la legislación concursal anterior, en concreto, la inhabilitación del quebrado. Téngase presente en este sentido que la disposición adicional primera de la Ley concursal, en su regla 2ª, entiende que las referencias a la quiebra contenidas en preceptos lega-

¹⁴⁸ Artículo 37 redactado por la disposición final vigésima octava de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹⁴⁹ Artículo redactado de nuevo por el artículo 11 de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria.

¹⁵⁰ Párrafo 2º del artículo 274 Ccom redactado por el apartado 6 de la disposición final segunda de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

les que no hayan sido modificados por la Ley concursal se entenderán realizadas al concurso, con la condición de que se haya producido la apertura de la fase de liquidación, lo que entra de pleno en la previsión de extinción del contrato cuando una ley lo permita (artículo 63 LC).

4. Vigencia de los contratos como consecuencia de la aplicación del principio «en interés del concurso».

Como ya sabemos los artículos 61.2 y 62.3 LC alteran significativamente el régimen común del funcionamiento del contrato concediendo amplias prerrogativas al juez para determinar el futuro de aquél, ya sea declarando su resolución en interés del concurso o para enervar la acción resolutoria por incumplimiento y ordenar que se cumpla el mismo en sus propios términos.

El interés del concurso es un concepto jurídico indeterminado y que tiene como meta u objetivo la conservación del patrimonio del deudor con el fin de satisfacer al máximo los créditos concursales, mantenido el contrato o resolviéndolo cuando puedan resultar perjudiciales o gravosos para la masa activa¹⁵¹. El interés del concurso está profundamente arraigado en la idea que dimana del principio de conservación de la masa activa y de continuidad de la empresa. Siendo cierto que la finalidad propia del concurso es la satisfacción de los acreedores en la mayor medida posible —tal y como se expresa en la Exposi-

¹⁵¹ AZNAR GINER, EDUARDO, *La resolución del contrato en interés del concurso*, Editorial Tirant lo Blanch, S.A., Valencia, 2010, pág. 33, que señala: «[...] la razón de que la ley se refiera a la resolución en interés del concurso en términos de facultad y no de obligación se debe, seguramente, por un lado, a que con semejante medida trata de excepcionar la regla establecida inmediatamente antes de que la declaración de concurso, por sí sola, no afecte a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Y, de otro, a que la presentación de dicha solicitud no es un acto que haya de realizarse necesariamente, sino solo cuando sea conveniente para los intereses del concurso». Sobre el concepto de la vigencia concursal de los contratos puede verse GÓMEZ MENDOZA, MARÍA, «Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», *Comentarios a la legislación concursal*, (dir. J. Pulgar), Dykinson, S.L., Madrid, 2004, tomo I, pág. 2812.

ción de Motivos¹⁵² de la Ley concursal— no es menos cierto que el procedimiento concursal está ciertamente dirigido a la conservación de la actividad económica del concursado¹⁵³. El objetivo final del concurso de acreedores es la consecución de un convenio —y, por ende, la subsistencia o continuidad de la empresa— y no la apertura de la fase de liquidación. De ahí la justificación de la regla general de mantenimiento de los contratos en concurso y de la necesidad de conservación de la masa activa y de la continuidad del negocio. Algo, por lo demás, que ya se advierte también en la Exposición de Motivos cuando se refiere a la venta de unidades productivas y la necesidad de conservación de la empresa¹⁵⁴.

Como consecuencia de estos criterios generales contenidos en la Exposición de Motivos, se genera el principio fundamental de la vigencia de los contratos en concurso, idea central para materializar la continuidad de la empresa, vetando la posibilidad de que la mera declaración permita la resolución contractual de contratos que podrían resultar beneficiosos para la empresa. La jurisprudencia ha resaltado específicamente este criterio al anudar la necesidad de permanencia de la actividad de la empresa con el sistema de conservación y vigencia de

¹⁵² Exposición de Motivos II: «La unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso».

¹⁵³ BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA, *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 39 que reflexiona sobre el interés del concurso en base a la posibilidad de resolución del contrato sin que concurra previo incumplimiento por alguna de las partes o enervación de la acción de resolución, señalado que «en ambos supuestos, la justificación se halla en el llamado "interés del concurso"» encarado fundamentalmente a la prosecución de la actividad económica del concursado.

¹⁵⁴ Exposición de Motivos VI: « La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad». EM VII: «Aun en este último caso, la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa».

los contratos¹⁵⁵. Y es precisamente por este principio de conservación de la masa activa que la ley se refiere siempre a «la resolución en interés del concurso» en términos de una facultad y no de una obligación: la resolución contractual no debe realizarse de una forma necesaria sino solo cuando sea atractiva para el interés del concurso.

5. El mantenimiento o la resolución de los contratos celebrados con la Administración pública.

La contratación con el sector público se rige por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En su artículo 60 apartado b) se impide la contratación con el sector público de las personas que hayan solicitado la declaración de concurso voluntario o que simplemente se hallen declaradas en concurso o resulten ser insolventes en cualquier procedimiento, excepto que se esté cumpliéndose el convenio o, para los que estén afectados por la inhabilitación, que no haya concluido el período fijado en la sentencia de inhabilitación.

La mencionada ley, en su artículo 223, apartado b), impone como causa de resolución de un contrato ya firmado con el sector público «la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento», reiterando, en el apartado 2 del artículo 224, que la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento —y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación— darán siempre lugar a la resolución del contrato. Incluso se concede una facultad especial a la Administración en orden al mantenimiento del contrato —previa prestación de garantías y siempre que no se haya abierto la fase de liquidación—, tal y como se indica en el apartado 5 del artículo 224.

¹⁵⁵ Hemos escogido, por su claridad expositiva, el auto de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de noviembre de 2006, que sienta «la vigencia de los contratos no se ve afectada *per se* por la declaración de concurso, sin perjuicio que la prevalencia del interés del concurso se concrete [...] en la resolución del contrato por incumplimiento posteriores, en la resolución de los contratos de tracto sucesivo por incumplimiento de deudas anteriores a la declaración, en una solicitud de resolución contractual o en una solicitud de mantenimiento del contrato resoluble».

Esta predisposición legal favorable a la resolución contractual en caso de concurso se contenía ya en el artículo 111, b), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y hoy derogada, aunque vigente hasta el 16 de diciembre de 2011. En él se mencionaba la resolución de los contratos por la mera declaración de concurso del contratista o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

Igualmente —y mediante un ejercicio intelectual analógico para ilustrarnos sobre la facultad de resolver el contrato por las entidades financieras sin perjuicio de la existencia de una declaración de concurso—, podemos acudir a la disposición adicional décima de la Ley 37/1998 de 16 de noviembre de reforma de la Ley del Mercado de Valores, en redacción dada por el artículo 16.3 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, en cuanto establece que la situación de concurso no habrá de afectar a la declaración del vencimiento anticipado, la resolución, la terminación, la ejecución o el efecto equivalente de las operaciones financieras realizadas en el marco de un acuerdo de compensación contractual o en relación con el mismo.

Respecto a la legitimidad de estas cláusulas —a pesar de la claridad de su redacción— la misma puede cuestionarse en base a que otorgan una facultad extraordinaria a la Administración pública en detrimento de un acreedor privado que se ve obligado a continuar el contrato en sede concursal y a todo trance. Es posible que esta limitación para un acreedor privado constituya una vulneración del principio de libertad contractual del artículo 1255 CC, haciendo ineficaz e inútil el principio de autonomía contractual de las partes al no poder incluir este tipo de cláusulas tan comunes y habituales en la Administración pública y en los contratos otorgados con las entidades financieras. Sin duda es un aspecto de gran dificultad conceptual (porque, en definitiva, ¿el interés del

concurso no cuenta en los contratos financieros o en los celebrados con el sector público?; ¿en base a qué se tolera la excepción?)¹⁵⁶.

Desde el punto de vista del sector público la prohibición de contratar de los declarados en concurso es concluyente en el artículo 60.1 b) de la Ley de Contratos del Sector Público. Ahora bien, si el contratista es declarado posteriormente en concurso la ley contempla la posibilidad de resolver el contrato si bien solo lo será de forma imperativa en el caso de la apertura de la fase de liquidación. De cualquier forma esta facultad no alcanza a aquellas empresas que no son propiamente Administración pública, por ejemplo una sociedad anónima de capital público, aunque sea de titularidad exclusiva de la Administración, porque se rige por el ordenamiento jurídico privado, salvo en lo que respecta a la normativa presupuestaria, contable y de control financiero¹⁵⁷.

De lo dicho cabe concluir que las facultades de resolución contractual de los contratos celebrados con la Administración pública en caso de concurso afectan, única y exclusivamente, a los contratos de índole administrativa, o sea, a los contratos en la que la administración intervenga a los fines de satisfacer alguna cuestión de interés público, que es, en definitiva, lo que justifica la desigualdad de trato y también lo que da lugar a algunas encendidas críticas de ciertos sectores doctrinales¹⁵⁸.

¹⁵⁶ GUINOT BARONA, MARÍA, «Diferencia de trato entre la Administración Pública y el contratante privado frente a la situación de concurso ¿una discriminación razonable?», *Diario La Ley*, nº 7080, Sección Tribuna, 19 de diciembre de 2008: «Desde esta perspectiva, resulta, cuando menos cuestionable, la legitimidad de un precepto que obliga a una de las partes que contrató a mantener indefinidamente una relación contractual con un empresario que, culpablemente o no, se encuentra en situación de insolvencia declarada, con los innegables riesgos que ello conlleva».

¹⁵⁷ Según se dispone en el artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad de la Administración General del Estado, se registrarán por el ordenamiento jurídico privado.

¹⁵⁸ GUINOT BARONA, MARÍA, «Diferencia...» *op. cit.*: «Y es que no parece coherente que el Legislador, al regular el régimen de la contratación pública obvie por completo el objetivo de continuidad empresarial que antes había considerado prioritario, permitiendo a la Administración, sin restricción alguna, resolver el contrato en caso de declararse el concurso, máxime si se tiene en cuenta que las Administraciones Públicas, por su solvencia universal y asegurada, son los operadores económicos que mejor

6. Inaplicabilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado de los créditos bancarios una vez declarado el concurso.

Cabria pensar que las cláusulas utilizadas por las entidades bancarias para declarar el vencimiento anticipado de determinados contratos —especialmente préstamos— en caso de que el deudor solicite o se le inste un procedimiento concursal podrían estar afectadas de nulidad por infracción de las normas protectoras de la Ley de Consumidores y Usuarios y de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en tanto que abusivas. En principio, la Ley de Condiciones Generales de Contratación indica con determinante claridad que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero esto no quiere decir que no pueda existir abuso de posición dominante¹⁵⁹. Puede, efectivamente, declararse la nulidad de un cláusula abusiva en contratos celebrados por empresarios o profesionales aunque debe basarse en la infracción de la buena fe contractual o en la producción de un desequilibrio cierto y palpable entre los derechos y obligaciones entre las partes. Por este motivo, el llamado «control de incorporación» de las condiciones generales de contratación se extiende a cualquier cláusula, se trate o no de un consumidor (artículo 5.5 LCGC).

Ciertamente la jurisprudencia se decanta en estos casos por considerar que la cláusula no es en sí misma abusiva¹⁶⁰ sino que se enfrenta directamente con el

pueden soportar la situación de concurso de su contratista [...], por lo que la habilitación a la Administración para resolver sus contratos en caso de concurso del contratista supone una excepción carente de fundamento, y además, a mi juicio, inconstitucional».

¹⁵⁹ STS de 3 de junio de 2016.

¹⁶⁰ La SAP de Castellón, Sección 3ª, de 26 de febrero de 2014, mantiene que este tipo de cláusulas, además de posiblemente abusivas, son contrarias a lo que determina la Ley concursal, concretamente en el artículo 61.3 LC cuando ordena que 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, «por lo que aun cuando dicha cláusula no sea abusiva no resulta aplicable y se debe de tener por no puesta».

artículo 61.3 LC, con lo que la interpretación más adecuada de este supuesto parece ser el de tener la cláusula por no puesta, lo que en la práctica la convierte en inaplicable.

De todas maneras no pueden confundirse estas cláusulas con las contenidas en los contratos de productos complejos sujetos a liquidación de las contraprestaciones por compensación y en base a un contrato marco de operaciones financieras¹⁶¹, porque se trata de operaciones realizadas al amparo del Real Decreto Ley 5/2005 de 11 de marzo, en cuyo artículo 16 se viene a establecer una doble excepción a las normas generales que rigen sede concursal para los contratos sinalagmáticos, pues, contrariamente a lo establecido en el artículo 61.3 LC, se admite que en estos contratos se prevean cláusulas de resolución o vencimiento anticipado en el supuesto de declaración de concurso.

7. Exclusión de la norma general del mantenimiento contractual en los contratos preparatorios o precontratos.

La aplicación de las reglas del artículo 61 y 62 LC no afecta a los contratos preparatorios o precontratos. Para que pueda mantenerse la vigencia de los contratos sinalagmáticos pendientes de conclusión, el contrato que debe continuar vigente debe ser eficaz en el sentido de contrato en vigor y pendiente de cumplimiento. La primera exigencia es que el contrato debe haberse celebrado necesariamente antes del concurso. No obstante existen ciertas circunstancias especiales en los precontratos anteriores a la declaración de concurso. Las arras, por ejemplo, no dejan de tener la naturaleza jurídica de un precontrato y su tratamiento en sede concursal presenta ciertas especialidades que vamos a analizar¹⁶².

¹⁶¹ Véase, por ejemplo, la SAP de Murcia, sección 4ª, de 11 de abril de 2013.

¹⁶² Para un mayor análisis de este tema véase, GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN «De los efectos sobre los contratos, artículo 61», en *Comentarios...*, *op. cit.*, vol. I, pág. 669. Del mismo autor el estudio «Promesa bilateral de compraventa pendiente de ejecución y concurso del promitente comprador», *Anuario de derecho concursal*, nº 6, Editorial

El contrato preparatorio o precontrato consiste en un acuerdo entre las partes para celebrar un contrato posteriormente, es decir, todo contrato preparatorio contiene una obligación encaminada a concluir un contrato con posterioridad. La duda surge cuando nos interrogamos sobre la posibilidad de que el juez pueda obligar a concluir un precontrato en virtud, precisamente, de la característica intransferible de la obligación a cargo del sujeto obligado a su cumplimiento. Creemos que el no consumir la promesa de contrato es objeto indemnizable por los daños y perjuicios que se puedan ocasionar, pero no puede ser compelido el contratante a su ejecución¹⁶³.

Aun así, el precontrato es una genuina fuente de obligaciones y en él están presentes todos los elementos que conforman el contrato como negocio jurídico, aunque la jurisprudencia no ha mantenido en este asunto una línea uniforme, ratificando en no pocas ocasiones la imposibilidad de la intervención judicial sobre el precontrato.

7.1. El pacto in contrahendo.

El contrato preparatorio típico es la promesa de vender o comprar del artículo 1451 CC que, aunque específico para el negocio de compraventa, puede darse en otros negocios jurídicos asimilados y afines. El término «promesa» que utiliza el Código civil responde a la concepción espiritualista de la codificación emanada directamente del contrato verbal mayoritariamente usado en el Dere-

Civitas, S.A., Madrid, 2005, pág. 523. Y también del mismo autor «El mantenimiento de los contratos...», *op. cit.*, pág. 349.

¹⁶³ VALPUESTA FERNÁNDEZ, MARIA ROSARIO, *Derecho Civil de Obligaciones y Contratos*, (coord. A. López, V. L. Montes y E. Roca), Editorial Tirant Lo Blanch, S.A., Valencia, 2001, pág. 256, considera que el precontrato es en realidad un contrato «in-ejecutable».

cho Romano y recogido posteriormente en las Partidas¹⁶⁴. Y es conveniente distinguir entre lo que pueda ser la «promesa en sentido amplio» —o *pactum de contrahendo*, a saber, el pacto de concertar en el futuro un contrato—, del pacto de *constitutum*, que es la promesa de pagar cierta cantidad de dinero como consecuencia de una deuda preexistente o, inclusive, el compromiso de pagar una deuda abstracta derivada de un contrato sin causa¹⁶⁵.

El sentido auténtico del *pactum de contrahendo* es el compromiso de alcanzar un determinado contrato que, por el momento, no se puede o no se quiere realizar. Se diferencia de la opción de compra en que ésta no necesita ninguna actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y susceptible de ejecución. Se precisa para su existencia que se halle cabalmente prefigurada la relación jurídica —con todos sus elementos y requisitos— cuya efectividad se deja en manos de los contratantes. El *pactum de contrahendo* es el final de un proceso negociador respecto de un contrato, no una simple fase, por lo que a nuestro entender las partes responden *ex* artículo 1902 CC en caso de ruptura del compromiso¹⁶⁶. Nada empece a esta calificación jurídica el hecho de que no hayan quedado determinados los elementos «instrumentales o complementarios» del contrato porque es perfectamente posible hacerlo en un momento posterior. No obstante, existen dudas fundadas de que el precontrato sea un contrato perfecto y exigible entre las partes porque no deja de ser un contrato base o, más exac-

¹⁶⁴ Ley Primera, Título 11, Partida V: «Promisión es otorgamiento que hacen los hombres unos a otros por palabras con intención de obligarse, aviniéndose sobre alguna cosa cierta que deban dar o hacer unos a otros».

¹⁶⁵ BERNARD MAINAR, RAFAEL, *Derecho romano: curso de derecho privado romano*, Editorial Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001, pág. 48.

¹⁶⁶ STS de 8 de febrero de 2010: «El precontrato bilateral implica que ambas partes tienen el deber y el derecho de poner en vigor el contrato comprometido. El precontrato exige que el objeto esté perfectamente determinado, y así, en el precontrato de compraventa conste la cosa vendida y el precio: si no estuvieran determinados e hiciera falta un nuevo acuerdo, se trataría de simples tratos previos, sin eficacia obligacional».

tamente, un compromiso contraído en función directa y exclusiva de celebrar otro en el futuro y que sería «desarrollo» del primero.

7.2. La promesa de contrato.

La promesa de contrato puede ser unilateral, con lo que en este caso los efectos concursales sobre el mantenimiento de los contratos no se producirían. En efecto, en la promesa de contrato unilateral sólo una parte viene obligada a poner en vigor el contrato y la otra tiene derecho a exigirselo, siendo paradigmático el contrato de opción de compra en el cual una parte concede a la otra el derecho de decidirse en uno u otro sentido, en un plazo de tiempo concreto¹⁶⁷. En consecuencia, si se ejercita la opción de compra, aparece la compraventa, pero si no se ejercita dentro del plazo convenido, esta caduca.

Por su parte, el precontrato de compraventa bilateral —o promesa de vender o comprar regulado el artículo 1451 CC— tiene un tratamiento distinto y, como veremos, existen dos teorías sobre el funcionamiento de este contrato en sede concursal. Vaya por delante que el artículo 1451 CC distingue la promesa de vender y comprar de la compraventa, teniendo ambos institutos regulaciones diferentes: unas reglamentadas en el 1451 CC y otras —la propia compraventa— por las disposiciones especiales del Título IV del Código civil.

La promesa de contrato —o precontrato si se quiere— es una «etapa» del *iter* contractual en el cual la segunda fase estaría caracterizada por la facultad de exigir que el contrato despliegue toda su eficacia. Siendo ello así, no parece discutible que en sede concursal este tipo de contratos deben quedar excluidos del ámbito de los artículos 61 y 62 LC por tratarse de pactos ineficaces o, mejor, intrascendentes, en el momento en que se conciertan. Pero la promesa unilateral de venta es un contrato que queda al margen de la vigencia contractual

¹⁶⁷ Téngase presente al hilo de lo comentado que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario regula la duración máxima de las opciones de compra a efectos registrales, estableciendo un plazo de 4 años.

en concurso porque no es un contrato bilateral: se puede exigir el cumplimiento pero el contrato no es eficaz por sí mismo y, por lo tanto, no es sostenible su mantenimiento en sede concursal¹⁶⁸.

7.3. Naturaleza jurídica del precontrato y teorías al respecto.

Hay dos maneras de entender el precontrato: aquella que la considera como un contrato preliminar —es decir, una mera fase de la formación del contrato definitivo— cuyos efectos no se producen de inmediato sino aplazados en el tiempo, por lo que existe un solo contrato con efectos aplazados siendo un contrato esencialmente imperfecto cuyos efectos surgirán en un determinado momento. Otra, responde a la idea de que la promesa o precontrato es algo diferenciado del contrato definitivo y al cual se dirige necesariamente, sin el cual, ni el uno ni el otro, pueden existir. Si nos adherimos a esta segunda teoría el precontrato no sería un contrato de tracto único con prestaciones pendientes de cumplimiento para ambas partes, con lo que no se aplicaría la prevención del artículo 61.2 LC.

7.3.1. Las diferentes orientaciones doctrinales.

La jurisprudencia ha ido cambiando con los años y la más moderna y actual tiene una concepción algo apartada del sentido espiritualista de la doctrina clásica sobre el precontrato. Véase, por ejemplo, la STS 13 de octubre de 2005 cuando define el precontrato —o contrato preliminar o preparatorio— como «preámbulo» de lo que luego habrá de ser. Y considera al *pactum de contrahendo* como un contrato bilateral aunque no estén prefigurados los elementos básicos que las partes deben cumplir en algún momento posterior, dejando a las

¹⁶⁸ Sobre la teoría del contrato véase CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil...*, *op. cit.*, tomo IV, «Derecho de Obligaciones», pág. 40 y ss.; y también la opinión de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, en *Sistema...*, *op. cit.*, págs. 68 y 69, en donde se recoge la doctrina establecida por Roca-Sastre y Federico de Castro en el sentido que antes hemos indicado.

partes en libertad para el momento en que se despliegue su eficacia¹⁶⁹. Esta línea jurisprudencial se aparta, por ejemplo, de la STS de 3 de junio de 1988 en la que se consideraba al contrato preparatorio como una fase anterior de los tratos contractuales, razonándose que el contrato preparatorio es el momento o fase final de estos tratos concertados en una fase negociadora y que, por ello, no existen jurídicamente hablando, pudiendo las partes desligarse de estos tratos iniciales sin más limitación que la indemnización genérica de responsabilidad del artículo 1902 CC¹⁷⁰.

Ahora bien, sin perjuicio de la distinción conceptual entre la promesa de venta del artículo 1451 CC y la venta propiamente dicha, en el precontrato están fijados todos los elementos esenciales del contrato definitivo (consentimiento, objeto cierto y causa, *ex* artículo 1261 CC), con lo que el contrato puede ser objeto de ejecución forzosa, mientras que si se da el caso de que en la promesa de venta no se recogen los elementos y circunstancias del futuro contrato, solo procederá, en caso de incumplimiento, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. El precontrato, pues, según esta línea doctrinal, tiene virtualidad jurídica propia aunque no queden determinados los elementos complementarios o instrumentales siempre que sea posible efectuarlo en un momento posterior, aunque deben darse los elementos esenciales sin los cuales ni siquiera existiría el propio precontrato.

La concepción clásica del precontrato lo considera como contrato autónomo aunque ligado a otro definitivo posterior, tesis defendida por DE CASTRO¹⁷¹, y

¹⁶⁹ STS de 29 de febrero de 2012 :«La jurisprudencia española dominante se ha inspirado en la concepción de que el precontrato es la fase inicial de un contrato de formación sucesiva con unidad funcional y voluntad única, dejando esta etapa preparatoria ya vinculadas a las partes de forma que basta actuar la facultad de poner en funcionamiento el contrato que, en caso de negativa de una de las partes, el juez pueda suplir el consentimiento del obligado, puesto que la consumación del contrato no requiere consentimiento al perfeccionarse el contrato inicial: esto es, el precontrato o contrato preliminar obliga como el llamado contrato definitivo».

¹⁷⁰ SSTs de 8 de febrero de 2010 y 17 de junio de 2008.

¹⁷¹ Véase CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE, «La promesa de contrato (algunas notas para su estudio)», *Anuario de Derecho Civil*, Ediciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1950, págs. 1137 y ss.: «[...] La promesa de contrato tiene, pues, carácter de

por la que se entiende que el objeto del precontrato no es propiamente la celebración de otro, sino la consumación del anterior, tesis a la que se adhiere numerosa jurisprudencia, matizando simplemente la imposibilidad de ejecución forzosa del contrato¹⁷².

7.4. Sobre los denominados contratos de fijación y su trascendencia concursal.

La perfección del contrato preliminar o precontrato mediante otro posterior se conoce por la doctrina como «negocio jurídico de fijación», o sea, negocio jurídico por el que las partes, de común acuerdo, acuerdan cesar en la incertidumbre y crean una situación nueva, fijando y delimitando decisivamente las contraprestaciones, su auténtico alcance y el contenido de las respectivas obligaciones¹⁷³.

figura jurídica independiente en la señalada etapa previa, creando inmediatamente un vínculo obligatorio entre las partes, con propia causa (onerosa o lucrativa) del que nace peculiar facultad de poner en actual funcionamiento (imponer, desde el momento en que se ejercita la facultad, la plena eficacia) al proyectado contrato; relación jurídica que puede agotarse en estas primeras etapas, cuando se extingue sin haber creado la relación contractual que se proyectará. La figura jurídica delineada sería quizás preferible denominarla promesa de contrato (en vez de precontrato), pues su esencia, como han apuntado algunos autores, es un quedar obligado contractualmente (al contrato proyectado) dependiente de la voluntad de una (o cada una) de las partes. De este modo se consideraría promesa de contrato al convenio por el que las partes crean a favor de una de ellas (onerosa o gratuitamente), o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia (*ex nunc*) de un contrato por ellas proyectado»

¹⁷² La jurisprudencia ha seguido sobre todo la tesis clásica, aunque la complementa con la posibilidad de exigir la ejecución del precontrato que origina el contrato definitivo. Así, por ejemplo, en la STS 28 de noviembre de 2005, y otras como las de 14 de diciembre de 2006 y 30 de enero de 2008. Según esta jurisprudencia, «la esencia del llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o "*pactum de contrahendo*" es la de constituir un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar, por lo que la expresada figura contractual del llamado precontrato, dicho con frase gráfica, consiste en un "quedar obligado a obligarse"».

¹⁷³ Como expresa la STS de 7 de diciembre de 2006 «dan certeza al ámbito de su interrelación de intereses».

El negocio jurídico de fijación tiene su razón de ser en que se trata de un negocio «reproducción» de otro anterior y que no necesita ni siquiera reflejar la causa del negocio precedente. Su exclusivo fin es fijar una relación obligatoria preexistente dimanante de un contrato preliminar o preparatorio para sujetar a las partes a su cumplimiento. Los contratos de fijación establecen un grado taxativo de certeza y estabilidad a cualquier situación jurídica preexistente, cuya eficacia es normalmente confirmatoria, transaccional o novatoria del contrato principal¹⁷⁴. Se les conoce también como negocios jurídicos de «segundo grado»¹⁷⁵ debido a la preexistencia de una relación jurídica que precisa de la acción de uno o de varios contratantes para alejar aquella incertidumbre. El negocio jurídico de fijación clásico es el contrato de reconocimiento de deuda¹⁷⁶, por cuanto responde a la voluntad de asumir y fijar la relación obligatoria precursora, con lo que es obvio que puede exigirse el cumplimiento de la obligación consistente en el pago de deuda reconocida y sin que precise prueba convincente de relación jurídica anterior¹⁷⁷, aunque en ciertos sectores doctrinales se le niegue el carácter de contrato por carecer de causa.

El otorgamiento de una escritura pública de reconocimiento de deuda implica que el crédito a que se refiere deba reconocerse como crédito concursal en base al artículo 86.2 LC, ya que la obligación está incorporada a un documento con

¹⁷⁴ Puede verse ampliamente el concepto del negocio jurídico de fijación en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, CARMEN, *Los negocios de fijación*, Editorial Tirant lo Blanch, S.A., Valencia, 2004; y también su trabajo «Negocio unilateral de fijación y reconocimiento de deuda. Comentario a la STS de 31 de marzo de 2006» *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 19, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2007, págs. 221-232. También en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *Manual de Derecho Civil: contratos*, Editorial Bercal, S.A., Madrid, 2003, págs. 31 y 32.

¹⁷⁵ CARIOTA-FERRARA, LUIGI en *El negocio jurídico*, trad. Manuel Albaladejo, Aguilar, S.A. de Ediciones, Madrid, 1956, pág.266: «La especie "negocios de segundo grado" se contrapone a la de "negocios de primer grado" o "fundamentales" u "originarios" [su característica fundamental] está en que los negocios de segundo grado tienen por objeto relaciones jurídicas preexistentes, que ya han constituido objeto de otros negocios (negocio fundamental, originario o de primer grado)».

¹⁷⁶ Seguimos aquí la idea de SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, CARMEN. Para un estudio más amplio puede consultarse su trabajo *Los negocios de...*, *op. cit.*

¹⁷⁷ STS de 17 de noviembre de 2006.

fuerza ejecutiva. La escritura de reconocimiento de deuda lo que demuestra es una voluntad de las partes de fijar de forma definitiva sus relaciones jurídicas preexistentes, en concreto precisar y determinar el importe de una determinada deuda. La jurisprudencia ha perfeccionado esta concepción admitiendo que todo reconocimiento de deuda vincula directamente a su otorgante, creándose la presunción de que existe una causa concreta y determinada. Más que un contrato sin causa y abstracto se trata un contrato «causal atípico» que despliega los efectos constitutivos que le son propios al reflejar la existencia de una determinada deuda¹⁷⁸. De hecho no admite sin más —aunque la tesis no es pacífica— que exista una causa totalmente abstracta del contrato porque el deudor se compromete a cumplir los términos en que se efectúa el reconocimiento. Sin perjuicio de la exigencia de acreditación de que la causa es inexistente o la obligación nula o ineficaz, no es menos cierto que el reconocimiento de deuda, como contrato de fijación, contiene la expresa voluntad de puntualizar definitivamente aquella relación obligatoria que ya existe, hasta el punto de no ser necesaria la prueba de la relación obligacional preexistente¹⁷⁹.

Pero entendemos que el reconocimiento de deuda no puede tener ningún efecto en sede concursal en orden a su resolución por incumplimiento (artículo 62 LC) o a su vigencia (artículo 61 LC), porque es un negocio jurídico unilateral y no contiene obligaciones recíprocas. Más allá de su encuadramiento en la categoría de negocios jurídicos abstractos, el reconocimiento de deuda no crea ninguna obligación específica puesto que su exclusivo efecto es el de que la parte que lo otorga queda obligada a su cumplimiento¹⁸⁰. En el ámbito estrictamente concursal debe entenderse que los negocios jurídicos de fijación son

¹⁷⁸ En este sentido STS de 23 de abril de 1991 y la más reciente de 28 de septiembre de 2001.

¹⁷⁹ STS de 17 de noviembre de 2006 y 16 de abril de 2008.

¹⁸⁰ La jurisprudencia admite que, mediante el acto unilateral de quien lo otorga, este reconozca la existencia de una deuda constituida con anterioridad y que desvela una voluntad contractual de admitir y consolidar la relación obligatoria primigenia (así, por ejemplo, en la STS de 29 de junio de 1998).

contratos esencialmente unilaterales, encaminados a eliminar una manifiesta incertidumbre.

7.5. El contrato de opción de compra como subespecie del negocio de fijación y su tratamiento en el concurso.

Mención especial merece el contrato de opción de compra al cual entendemos que tampoco es de aplicación el artículo 61.2 LC. Este contrato no tiene ninguna contrapartida sinalagmática entre las partes: sólo una de ella es beneficiaria de las obligaciones asumidas, por lo que tampoco puede resolverse en interés del concurso al no implicar obligaciones recíprocas. El único derecho que se contempla es el «derecho a su ejercicio» obligando a la optataria a confirmar el contrato objeto de la opción¹⁸¹.

Caso distinto y diferente es la elevación a público de un contrato de compra-venta ya celebrado al que sí que se puede aplicar el artículo 61.1 LC, cuando se trate de un contrato celebrado antes de la declaración de concurso cuyos pactos deben observarse necesariamente (lo usual es que se contraigan a la transmisión del dominio y su acceso registral)¹⁸².

8. Contratos de tracto sucesivo y de tracto único y su tratamiento concursal.

¹⁸¹ Véase en este sentido también la SAP de Vizcaya de 21 de marzo de 2012 para la que la opción no constituye ninguna obligación a tener en cuenta de cara a una posible resolución contractual ya que «no encuentra un reflejo o contrapartida en una recíproca y equivalente contraprestación de la otra parte».

¹⁸² Por ejemplo SAP de Burgos de 15 de enero de 2013 que dice: «La situación de concurso del comprador no debe obstaculizar en el cumplimiento de esta obligación [elevación del contrato privado a escritura pública], que es anterior al concurso, y que no es una obligación de entrega, pues las fincas ya están entregadas, sino de elevación del contrato a escritura pública. De ahí que no sea de aplicación el artículo 1467 CC, como sí lo sería si estuviéramos en presencia de un precontrato o mera promesa de venta».

El art. 62.1 LC regula los efectos de la declaración de concurso sobre la facultad de resolución de los contratos, distinguiendo según sea este de tracto único o sucesivo, siendo inútil instar la resolución de un contrato de tracto único cuyo incumplimiento fuese anterior a la declaración de concurso. Al margen del acierto o desacierto que pueda haber supuesto la opción legislativa por esta solución técnica, hemos de dotar de contenido a estas categorías para contribuir a una adecuada interpretación del precepto. La distinción determinará, en función de cuándo se hubiera producido el incumplimiento respecto a la fecha de declaración de concurso, que pueda o no ejercitarse la facultad de resolución.

8.1. Contratos de tracto sucesivo.

Los contratos de tracto sucesivo, a efectos concursales, se caracterizan porque una de las partes se obliga a realizar una sola y única prestación. Adviértase, por ejemplo, el contrato de suministro de energía eléctrica cuya prestación es, de hecho, continuada en el tiempo sin perjuicio de que el contenido específico de la prestación por una de las partes sea fraccionada en períodos y tenga vocación de permanencia¹⁸³. De este modo, en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente período, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato. Son ejemplos de contrato de tracto sucesivo el arrendamiento de cosas, el mutuo y el comodato, aunque no la permuta de solar por obra futura, en el que la prestación consiste en la obra que

¹⁸³ En las SSTs 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo se admite la calificación de los contratos de suministro de energía eléctrica como contratos de tracto sucesivo, es decir, contratos en los que «un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes».

no existe pero que deberá realizarse. El tracto sucesivo necesita un alargamiento en el tiempo y que la prestación se realice de forma permanente o prolongada.

El artículo 62.1 LC no impide que estos contratos puedan resolverse por incumplimiento del concursado cuando haya tenido lugar antes de la declaración de concurso, aunque deba hacerse dentro del procedimiento concursal y que pueda acordarse su cumplimiento si se aprecia que la continuidad es beneficiosa para el interés del concurso (artículo 62.3 LC).

8.2. Contratos de tracto único.

Por su parte, en los contratos de tracto único la prestación es unitaria, completa e independiente, aunque nada obsta a que su cumplimiento pueda fraccionarse en periodos temporales: ello no perturba su condición de tracto único. Véase en este sentido el contrato de obra o el contrato de compraventa a plazos, en los que, a efectos de resolución por incumplimiento en sede concursal, no pierden tal carácter aunque se hubiera diferido en el tiempo la obligación de cumplimiento de las prestaciones.

En los contratos de tracto único la prestación se establece como objeto de una única obligación prescindiendo del momento en que se realice o de su fraccionamiento en el tiempo; aunque se ejecute por partes, su contenido es unitario. Por esta circunstancia el ejercicio de la facultad resolutoria en sede concursal por la parte *in bonis* por causa de incumplimiento —y después de la declaración de concurso— sólo puede intentarse si el incumplimiento es posterior al concurso (artículo 62.1 LC); por el contrario, en los contratos de tracto sucesivo la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. En resumen: cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único.

8.2.1. Contratos de tracto único después de la declaración de concurso.

Ya hemos visto que después de la declaración de concurso en un contrato de tracto único la parte *in bonis* tan sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento si es posterior al concurso; mientras que si es un contrato de tracto sucesivo la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso. En el supuesto de que un contrato de tracto único que en el momento de declararse el concurso solamente estén pendientes de cumplimiento las obligaciones por parte del concursado no es de aplicar el artículo 61.2 LC, porque se requiere la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. En igual sentido tampoco es factible la resolución por incumplimiento al amparo del 62.1 LC si este contrato estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes en el momento de declararse el concurso.

Cuando antes de concurso vence el plazo pactado para el cumplimiento de la prestación sin que las partes obligadas a realizarlo —o una de ellas— lo hayan hecho, no puede ofrecer duda de que esta situación se «alarga» o alcanza a la dinámica concursal y podrá seguir vigente el contrato, de forma que si no se ha ejercitado antes la acción resolutoria, no puede ejercitarse después.

9. La rehabilitación de los contratos en el concurso.

Conviene distinguir esta figura de otras con las que puede guardar cierta semejanza, por ejemplo con las acciones de reintegración de los artículos 71 a 73 LC; estas tienen como finalidad devolver a la masa aquellos bienes y derechos que indebidamente salieron del patrimonio del concursado durante los dos años anteriores a la declaración de concurso: se trata de una acción rescisoria de los actos perjudiciales del deudor. La rehabilitación, en cambio, tiene unos presupuestos diferentes ya que con ella lo que se pretende es que renazca a la vida jurídica un contrato resuelto extrajudicialmente por incumplimiento antes de la

declaración de concurso¹⁸⁴. La rehabilitación de los contratos de crédito y, en particular, los contratos de préstamo y de venta a plazos es una novedad de la Ley concursal y a ello se refieren los artículos 68 y 69 LC. En virtud de lo dispuesto en estos preceptos, un contrato ya extinguido por denuncia unilateral puede recobrar su eficacia siempre que ello resulte beneficioso o de interés del concurso, como exige el primer párrafo del artículo 68 LC.

Para el ejercicio de esta acción especialísima está facultada la administración concursal, sin que se precise el consentimiento posterior de los otorgantes del contrato. Ahí puede verse con precisión que la finalidad de la rehabilitación de créditos en el concurso no es otra que favorecer la continuidad de la actividad económica del deudor (artículo 44.2 LC)¹⁸⁵.

La rehabilitación puede impugnarla tanto el acreedor (titular de un crédito) como el transmitente de un bien en el caso de que con anterioridad a la apertura de concurso el acreedor hubiese iniciado acciones de reclamación del pago —ya sea contra el concursado deudor o contra algún garante o fiador— o hubiese ejercitado las acciones de resolución del contrato o de restitución del bien transmitido o hubiese recuperado la posesión material del bien y devuelta la contraprestación recibida, aunque se hayan realizado actos dispositivos sobre el bien transmitido en favor de tercero¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Véase esta distinción puesta de relieve por MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS en «Las garantías del crédito en las situaciones concursales (en especial, las garantías financieras relativas a los valores anotados en cuenta», *Proyecto de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico*, Ministerio de Ciencia y Tecnología, Madrid, 2005.

¹⁸⁵ Compartimos el criterio de MADRAZO LEAL, JUAN en «Rehabilitación de créditos, comentario al artículo 68», *Comentario de la Ley concursal*, (coord. Rojo-Beltrán), tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 1256, que dice que «el renacimiento del contrato es un acto heterónimo que se impone con carácter forzoso tanto al acreedor, que no podrá oponerse en supuestos determinados, como al concursado haya instado o no la rehabilitación».

¹⁸⁶ Pueden verse los acertados comentarios de SAN JUAN Y MUÑOZ, ENRIQUE, «Mantenimiento y ejercicio de nuevas acciones en la tramitación del concurso de acreedores de conformidad a la nueva Ley 22/2003 de 9 de julio», *Diario La Ley*, Sección Doctrina de 3 de octubre de 2003. En igual sentido MAIRATA LAVIÑA, JAIME en «Efectos patrimoniales del concurso en el proyecto de Ley concursal», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, nº 91, febrero-marzo de 2003, pág. 483. Véase también

9.1. Rehabilitación de los contratos de préstamo y de crédito.

Los contratos de préstamo y crédito encuentran su encaje en los preceptos relativos a la rehabilitación contractual cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso. Se requiere para su rehabilitación que se abonen las cantidades debidas y que se asuma el pago de las que puedan producirse en el futuro con cargo a la masa.

Afecta a los contratos de crédito en sentido estricto (el crédito que deriva de un precio aplazado es objeto de tratamiento en el artículo siguiente, 69 LC), por lo que alcanza tanto al crédito mutuo normal, como al contrato de descuento bancario, bien entendido que queda excluido del precepto —y, por ende, no es rehabilitable— el simple descubierto en cuenta corriente porque esta situación no responde a un contrato con causa *credendi*¹⁸⁷. La causa de la «atribución patrimonial» entendida como aquello que se realiza en el ámbito jurídico tendente a obtener un beneficio patrimonial (o a no disminuirlo), no es identificable con la causa de la obligación y está al margen de esta: la atribución patrimonial como acto jurídico tiene su origen en la causa *credendi*, y su fin es obtener de la otra parte una contraprestación que incremente el beneficio patrimonial.

La mecánica del concurso de acreedores en materia de rehabilitación contractual exige que se haya extinguido previamente el contrato, aunque sea por denuncia unilateral como fundamento del incumplimiento resolutorio. De ahí que no

HERBOSA MARTÍNEZ, INMACULADA «Los efectos del concurso en la Ley concursal», *Diario La Ley*, 7 de abril de 2004.

¹⁸⁷ Este criterio es seguido por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, en «El concepto de causa en el negocio jurídico», *Anuario de Derecho Civil*, Ediciones del Ministerio de Justicia, vol. 16, nº 1, 1963, págs. 3-32. También por ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Universidad de Sevilla, 1999, págs. 42 y ss.

resulte factible la rehabilitación de un contrato de crédito que se haya extinguido por causa distinta al incumplimiento en sí. Pensemos, por ejemplo, en la inobservancia de las cláusulas contractuales relativas a la solvencia del prestatario o al hecho de destinar el crédito a una finalidad distinta de la pactada: a nuestro entender estos supuestos no son rehabilitables¹⁸⁸.

La potestad de rehabilitación no deja de tener cierta relación con la paralización de ejecuciones de garantías reales del artículo 56 LC, pues en caso de paralización es beneficioso para el acreedor que se rehabilite el contrato paralizado (e incumplido) ya que supone el pago de la totalidad de las cantidades debidas y el compromiso de satisfacer los pagos futuros con cargo a la masa, sin duda solución mejor y más práctica que empeñarse en una ejecución que puede estar paralizada durante bastante tiempo y de manera probablemente infructuosa¹⁸⁹.

9.2. Rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado.

En los contratos de adquisición de bienes es factible la rehabilitación, no tanto por expresa dicción legal como porque son contratos traslativos del dominio, sinalagmáticos y onerosos, aunque el precio aplazado debe tener la nota del artículo 1125 CC en el sentido de que la obligación a plazo sólo será exigible

¹⁸⁸ Como sostiene MADRAZO LEAL, JUAN en «Comentarios al artículo 68», *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 1259 «en el ámbito bancario es típico que en dichas cláusulas de vencimiento anticipado no se distinga entre causas ligadas a supuestos de deterioro de la situación financiera y patrimonial del acreditado distintas del impago (como, por ejemplo, falseamiento de datos aportados por el cliente, destino a una finalidad distinta de la pactada), que únicamente facultan al banco para ejercitar la facultad de denuncia».

¹⁸⁹ Como sostiene MARCO ARCALÁ, LUIS ALBERTO en «La rehabilitación de créditos y de contratos en la nueva Ley concursal», *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. III, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, pág. 2896: «La paralización, cuando se trate de bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva del concursado, es muy probable que haga proliferar las rehabilitaciones».

cuando el día cierto llegue, entendiéndose por día cierto aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo. Para la rehabilitación se requiere que el contrato haya sido resuelto por incumplimiento de la contraprestación dentro de los tres meses anteriores a la declaración de concurso (artículo 68 LC), así como que ello resulte provechoso en interés del concurso y previa notificación al transmitente.

La previsión del artículo 69 LC —también del 68 y del 70— responde en realidad a la misma idea que la que inspira el artículo 61 LC para mantener en concurso el contrato con prestaciones a cargo de la masa, si bien este último tiende a impedir la resolución mientras que los primeros se orientan a dar nueva vida a un contrato que ya no existe y cuya base teleológica (común a todos) vuelve a ser el interés del concurso y la conservación de la empresa o unidad productiva que conforma la masa activa. Nuevamente vemos como en el artículo 68 LC (como en el 61 LC) se fuerza en cierta manera el derecho tradicional de las obligaciones y contratos al posibilitar el renacimiento de la eficacia jurídica de contratos ya resueltos¹⁹⁰.

En cuando a los requisitos para que la rehabilitación tenga virtualidad jurídica destacamos el que se haya producido la resolución dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para la comunicación de créditos, se notifique la rehabilitación al transmitente. Ello ocurrirá siguiendo la pauta del artículo 21.1.5º LC, o sea, desde el llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Estado del auto de declaración de concurso¹⁹¹.

¹⁹⁰ Véase esta opinión en MAGRO SERVET, VICENTE en «Comentario al artículo 69. Rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado», *Guía práctica de aplicación de la Ley concursal*, Editorial La Ley, S.A., Madrid, 2004.

¹⁹¹ Nótese que el apartado 5.º del número 1 del artículo 21 fue modificado por el número tres del artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica y téngase en cuenta su disposición transitoria sobre régimen de publicidad.

También se requiere que la rehabilitación contractual se notifique al acreedor porque este debe ser conocedor de la situación en tanto en cuanto le asiste la facultad de poder oponerse a ello basándose en la iniciación, antes del concurso, del ejercicio de las acciones en reclamación del pago contra el propio deudor, contra algún codeudor solidario o contra cualquier garante.

9.3. Rehabilitación del contrato de suministro.

En lo que atañe a la rehabilitación del contrato de suministro, todas las cantidades adeudadas, tanto las anteriores a la declaración del concurso como las posteriores, tienen la consideración de crédito contra la masa, aunque a primera vista pueda parecer una excepción y un aliciente para continuar un contrato resuelto¹⁹².

Este criterio debe entenderse a la luz del artículo 3.1 CC por cuanto, acordada la resolución contractual en sede concursal, las prestaciones vencidas son crédito concursal si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; y, si fuese posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. Por ello, la interpretación correcta parece ser la de incluir, en caso de rehabilitación del contrato de suministro, los créditos con cargo a la masa ya que el artículo 84.2 LC dictamina que tendrán la consideración de créditos contra la masa los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso. A nuestro entender es una interpretación algo forzada.

¹⁹² STS de 21 de marzo de 2012: «[...] tratándose a quienes proporcionan bienes necesarios para el funcionamiento de las mismas por medio de contratos de tracto sucesivo, cuando sacrifica el derecho del proveedor a resolver y se le impone en beneficio de la suministrada [...] la continuación del contrato pese a la concurrencia de causa de resolución, exige, como sacrificio correlativo, el cumplimiento con cargo a la masa del contrato que se obliga a mantener, de tal forma que el crédito devengado antes del concurso pasa a ser a cargo de la masa».

Ciertamente, tanto la doctrina como las resoluciones de los tribunales no son unánimes al considerar el concepto de prestaciones debidas con cargo a la masa. Un sector no precisamente minoritario opina que son aquellas que tiene que realizar el concursado y que se ocasionan después de que haya sido declarado el concurso, *verbi gratia*, en un contrato de suministro. Pero a la luz de la jurisprudencia dictada más recientemente no parece haber dudas en cuanto a que, una vez mantenido el contrato (o rehabilitado), el crédito concursal se convertirá en crédito contra la masa con independencia de la posición subjetiva del suministrador a quien, en la práctica, se le impide la resolución del contrato de suministro forzándole a continuarlo a pesar de que el concursado, con su incumplimiento, haya incurrido en causa de resolución¹⁹³.

9.4. Rehabilitación de los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con precio aplazado y, en particular, de los contratos de *leasing*.

La rehabilitación de los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con precio aplazado es factible en el concurso de acreedores por dicción expresa del artículo 69 LC y no se ciñe solamente al contrato de compraventa por tratarse de un contrato susceptible de transmitir la propiedad, siendo intrascendente que el aplazamiento sea del total precio de la operación o sólo de una parte de ella.

En el caso especial de un contrato de venta a plazos y con reserva de dominio inscrita, esta se constituye como garantía para el vendedor de manera similar a una garantía real. No obstante, por muy inscrita que quede la reserva de domi-

¹⁹³ La STS de 21 de marzo de 2012 abunda en la falta de claridad del texto legal aunque no evidencia duda alguna respecto de los supuestos de resolución cuando señala que, respecto a los pagos vencidos, «[...] 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», apunta a la interpretación literal del precepto "prestaciones debidas", dado que en otro caso la previsión devendría absolutamente superflua [...]».

nio ello no legitima el ejercicio de una acción de separación de bienes de la masa activa (pretensión del artículo 80.2 LC) porque la Ley concursal no ha derogado el artículo 16.5 de la Ley 28/1998 de 13 de julio que regula la venta a plazos de bienes muebles. En consecuencia, el crédito solo tendrá la condición de privilegiado ya que no se puede hablar de un auténtico dominio del vendedor sino, tan solo, de una garantía para el caso de incumplimiento¹⁹⁴.

El contrato de compra tiene que haberse celebrado antes de la declaración de concurso del comprador y, además, el vendedor debe haber resuelto extrajudicialmente el contrato antes del concurso en el supuesto de incumplimiento. Ahora bien, si existen plazos posteriores que aún no han vencido, para su rehabilitación deberán satisfacerse todas las cantidades adeudadas y asumir (la administración concursal) el compromiso de realizar el pago de los plazos futuros con cargo a la masa (art. 69.1 LC), siendo idéntico el mecanismo en el caso de todos los plazos hayan vencido antes de la declaración de concurso y algunos de ellos se encuentren pendientes de pago: en este caso la rehabilitación implica abonar todas las cantidades debidas.

En cuanto al contrato de *leasing* pudiera surgir alguna duda sobre su rehabilitación, porque se trata de un contrato de cesión de uso y disfrute durante un tiempo determinado, con la contraprestación de realizar pagos periódicos, y concediéndose el derecho al arrendatario de optar, tan pronto finaliza el plazo contractual, al ejercicio de una opción de compra con la finalidad de adquirir

¹⁹⁴ Según la doctrina de numerosa jurisprudencia, por ejemplo, la SAP de Alicante 429/2010 de 15 de octubre: «para que se produzca una auténtica situación de titularidad sobre el bien, se requiere del cumplimiento de condiciones, en el caso del comprador, la del pago de la financiación, para la financiera, la del incumplimiento, porque no cabe entender un dominio libre condicionado al margen del contrato en virtud del cual se presta dinero y se obtiene la garantía». La reserva de dominio, según tal doctrina, no permite a quien tiene inscrito el dominio en el Registro de Bienes Muebles facultad de disposición, pues en realidad es simple garantía del abono del precio y no otorga facultades dominicales típicas como la de disposición, al venir concedidas éstas al comprador. Se destaca la función de garantía de la reserva en la STS de 16 de marzo de 2007 cuando afirma que «el pacto de reserva de dominio no concede al vendedor el poder de disposición voluntaria o forzosa sobre la cosa vendida con dicho pacto, ni impide al comprador transmitir voluntaria o forzosamente (por embargo y vía de apremio) su derecho a un tercero».

definitivamente el bien arrendado. Se trata de un contrato *sui generis* en el que, a pesar de no transmitirse la propiedad, puede ser objeto de rehabilitación porque, en cualquier caso, su función económica es idéntica a la de un contrato de venta a plazos de bienes muebles.

En el supuesto que comentamos y tratándose de un contrato vigente anterior a la declaración del concurso, el deudor puede optar por el mantenimiento del contrato (en base al artículo 61.2 LC) pagando las cuotas pendientes con cargo a la masa por ser una prestación del concursado derivada de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes que continúan en vigor después del concurso. En el caso de arrendamientos financieros no deben incluirse en la masa del concurso. El acreedor puede ejercitar la acción de recuperación del bien (es necesario que el contrato esté inscrito), según el artículo 56.1.c) LC. Esta acción *ex iure domini* aparece reconocida también en la disposición adicional 1ª de la Ley 28/1998 de 13 de julio de venta a plazos de bienes muebles¹⁹⁵.

Otra alternativa del acreedor es la resolución del contrato por impago de las cuotas mediante el ejercicio de la opción conferida por el artículo 62 LC, distinguiendo si la resolución es por incumplimiento anterior o posterior al concurso: si es anterior, el crédito es concursal, y, si es posterior, es crédito contra la masa.

En conclusión, si en el contrato de venta a plazos para que la reserva de dominio sea oponible a terceros debe estar inscrita en el Registro, en los contratos de arrendamiento financiero regulados por la disposición adicional 7ª de la Ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito¹⁹⁶ la inscripción es una posibilidad y no tiene carácter esencial.

¹⁹⁵ Cuando los bienes cedidos en arrendamiento financiero no se incluyan en la masa y se pondrán a disposición del arrendador financiero desaparece en este caso el privilegio especial del artículo 90.1.4º LC puesto que no existe privilegio cuando ya se ha recuperado el bien.

¹⁹⁶ Dice así: «Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro

Para que el contrato de arrendamiento financiero sea oponible frente a terceros basta con que conste en documento público sin que sea necesaria su inscripción (artículo 90.2 LC). La disposición adicional 1ª de la Ley 28/1988 establece que tratándose de contratos de arrendamiento financiero la inscripción es una mera posibilidad, estando facultado el arrendador financiero para el ejercicio de la acción ejecutiva (artículo 517.2 LEC) o para recuperar el bien. Bajo idéntica orientación debemos interpretar el artículo 56 LC, cuando se refiere a la ejecución de garantías reales, sin que se mencione la exigencia de la inscripción del contrato de arrendamiento financiero¹⁹⁷.

Finalmente, a pesar de que del contrato de arrendamiento financiero derivan obligaciones recíprocas para ambas partes, no es menos cierto que estas, en especial la arrendadora, pueden querer desvincularse de las obligaciones clásicas que posibilita el Código civil: en concreto, en el contrato de arrendamiento, en uso de la libertad de pactos contractuales (artículo 1255 CC), que es, *de facto*, lo que sucede en estos tipos de contratos.

9.5. La rehabilitación del contrato de descuento bancario.

El descuento bancario es un contrato en el que, previa deducción del interés, se anticipa al cliente el importe de un crédito contra un tercero y que todavía no ha vencido, mediante la cesión del crédito al financiador¹⁹⁸ hasta una cifra

usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición».

¹⁹⁷ Doctrina fijada por la STS de 28 de julio de 2011, y de la que son seguidoras las sentencias SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 7 de octubre de 2013, SAP de Burgos de 18 de diciembre de 2012, SAP de Almería de 22 de octubre de 2013, SAP de Palma de Mallorca de 7 de enero de 2014 y SAP de Valencia, Sección 7ª, de 22 de abril de 2014, entre otras muchas.

¹⁹⁸ Puede verse la definición, elementos y efectos de este contrato en SASTRE PAPIOL, SEBASTIÁN, «El contrato de descuento bancario», en *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 2, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2007, págs. 263-356.

máxima previamente concertada. En el caso de que tras la declaración del concurso de acreedores el contrato de descuento no haya vencido, el artículo 68 LC permite su rehabilitación, siempre que haya sido previamente resuelto por incumplimiento del concursado¹⁹⁹.

9.5.1. Naturaleza jurídica del contrato de descuento.

El crédito nacido del contrato de descuento de efectos es jurídicamente una dación en pago en forma de cesión de crédito *pro solvendo* y no *pro soluto*²⁰⁰, lo que determina la obligación del cliente bancario de devolver la suma adelantada por la entidad en el supuesto de impago a su vencimiento.

Esta obligación opera como una condición del contrato. En concurso de acreedores, los vencimientos posteriores a la declaración no pueden compensarse vía artículo 58 LC, de forma que mientras no se resuelva el contrato de descuento el banco tiene la obligación de seguir descontando los efectos presentados con posterioridad a la declaración del concurso. La compensación sólo sería posible cuando el crédito a favor del banco nazca con posterioridad a la declaración de concurso, tratándose entonces de un crédito contra la masa al que no alcanza el mecanismo compensatorio del artículo 58 LC que solo tiene lugar respecto a los créditos concursales²⁰¹.

¹⁹⁹ Ver MADRAZO LEAL, JUAN, «Rehabilitación de créditos» en *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 1270.

²⁰⁰ La diferencia conceptual entre estas dos figuras se centra en que la *datio pro solvendo* (dación para pago) lo es para el pago de deudas (regulada en el artículo 1175 CC: «el deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas»), y es un negocio un negocio jurídico por medio del cual el deudor transmite sus bienes con la obligación de aplicar el importe de su enajenación al pago de sus deudas; mientras que en la *datio pro soluto* (dación en pago) el deudor transmite sus bienes al acreedor con el fin de extinguir completamente su deuda.

²⁰¹ BAÑULS GÓMEZ, F. A., en «El concurso de acreedores y el contrato de descuento», *Anuario de derecho concursal*, n° 17, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2009, págs.193-246, es de la opinión que la cláusula salvo buen fin del contrato de descuento actúa *de facto* como una condición suspensiva en función de la posibilidad futura e incierta de que los efectos descontados acaben finalmente no siendo atendidos por el deudor, y que esta condición suspensiva de la cláusula salvo buen fin «se presenta

Normalmente las entidades bancarias suelen alegar la viabilidad de la compensación en base a la aplicación del Real Decreto Ley 5/2005 de 11 de marzo de Reformas Urgentes para el Impulso de la Productividad²⁰². Se trata de una norma especial que no es de aplicación en este supuesto concreto de compensación, porque no se trata de operaciones financieras realizadas en el marco de un acuerdo de compensación contractual que origine una única obligación jurídica que abarque todas las operaciones incluidas en este acuerdo, con exigencia del saldo neto de las operaciones.

9.5.2. El descuento bancario una vez declarado el concurso de acreedores.

El escenario que se presenta con mayor frecuencia en los procesos concursales es la negativa del banco a cumplir con la obligación de descontar los efectos que el concursado pretenda realizar una vez declarado el concurso. Entendemos que no quedando resuelto el contrato de descuento, este debe seguir cumpliéndose en sus propios términos. Si el banco hubiese resuelto antes el contrato alegando el vencimiento anticipado por incumplimiento previo del deudor, el contrato de descuento puede ser perfectamente rehabilitado.

como una '*conditio iuris*', que supone un deber de restitución cuya exigibilidad se encuentra condicionada, de forma suspensiva, pero no por el buen fin, sino por lo contrario, el '*mal fin*' del crédito descontado». Véase también en esta misma línea GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL, *Contratos bancarios*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992, págs. 260 y ss.

²⁰² Transposición, en realidad, de la directiva 2002/47/CE de 6 de junio sobre acuerdos de garantía financiera. «Artículo 7: Reconocimiento de la cláusula de liquidación por compensación exigible anticipadamente 1. Los Estados miembros garantizarán que toda cláusula de liquidación por compensación exigible anticipadamente pueda surtir efectos conforme a sus estipulaciones: a) aunque se inicien o prosigan procedimientos de liquidación o medidas de saneamiento con respecto al garante o al beneficiario, y/o b) pese a cualquier pretensión de afectación, embargo judicial o de otra índole, u otra disposición sobre o con respecto a los citados derechos. 2. Los Estados miembros garantizarán que el funcionamiento de la cláusula de liquidación por compensación exigible anticipadamente no pueda supeditarse a ninguno de los requisitos mencionados en el apartado 4 del artículo 4, salvo que las partes hubieren acordado lo contrario».

Si el contrato de descuento vence después de la declaración de concurso, puede mantenerse después de declarado este y, en consecuencia, el banco tiene la obligación de seguir también descontando los efectos amparados por el contrato. Siendo el contrato de descuento el anticipo de un crédito contra un tercero pendiente de vencimiento mediante la cesión del crédito, la mera declaración del concurso no justifica que pueda resolverse el contrato y la cláusula que, en todo caso, se contenga en el contrato es claramente abusiva. A lo sumo, el banco puede rechazar el descuento de forma justificada por razones concretas y claras de falta de solvencia del obligado al pago, pero no puede rechazar el descuento de forma indiscriminada, de forma que, según tesis jurisprudenciales generalmente admitidas, «debe permitirse que el banco pueda rehusar aquellos efectos que, en atención al deudor, exista un claro y demostrado riesgo de que no lleguen a cobrarse»²⁰³.

A idéntica conclusión se llega si forzamos la interpretación jurídica de la naturaleza de este contrato y lo contemplamos desde la óptica de un «contrato marco»²⁰⁴ centrado en las operaciones de descuento, en cuyo caso el banco tampoco puede rechazar de forma sistemática los efectos presentados por el concursado siendo el crédito que se genere un crédito contra la masa.

²⁰³ SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 18 de febrero de 2008 en la que se advierte de que «la facultad del banco de rechazar los efectos presentados a descuento no puede ser absoluta, sino que ha de responder a un estudio real de la bondad del "papel" que se presenta, justificando de forma objetiva los motivos que en cada caso le llevan a rechazar el descuento» haciendo especial mención en que ello responde al principio que inspira el artículo 61 LC por el que la declaración de concurso no implica por sí misma la resolución de los contratos.

²⁰⁴ Así se deduce de la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 24 de julio de 2014: «Los concretos actos de descuento de efectos en el contrato de descuento, las operaciones que se van financiando mediante las líneas de comercio exterior ya se considere como descuento, apertura de crédito, préstamo o similar, o las cesiones de créditos en los *factoring* sin recurso, no es más que la ejecución de las obligaciones asumidas en un contrato marco, global, celebrado en su momento [...], en los que no se prestan servicios o se llevan a cabo actos de forma aislada, o una pluralidad no relacionada o cohesionada, sino que se integran en un contrato marco complejo, que puede tener múltiples prestaciones, haciendo también compleja su propia causa, pero que exige ver el contrato en su unidad, y no tantos contratos como actos se ejecuten en su cumplimiento».

Al margen pues de que un contrato de esta naturaleza esté vencido o resuelto antes del concurso, es de todo punto exigible al banco el cumplimiento de la póliza de crédito o de descuento, sin que sea alegable, sin más, para resolver el contrato, la mera cuestión de que el papel a descontar es más o menos idóneo, porque ello supondría dejar vacío de contenido al propio contrato de descuento²⁰⁵ e, incluso, incidir en un posible abuso del derecho (artículo 7.2 CC) al pretender eludir la norma imperativa del artículo 61.2 LC al negarse al descuento por encontrarse el deudor en concurso de acreedores. Esta misma doctrina es la que sigue *ad pedem litterae* el Banco de España en sus consultas relevantes incluidas en su Memoria del Servicio de Reclamaciones²⁰⁶.

²⁰⁵ En el contrato de descuento se fija la cifra máxima que se confiere como crédito al cliente e implica una obligación clara de la aceptación de estos efectos. La doctrina llama a este último concepto una «idoneidad moral y económica» que permite determinar la previsión de buen fin del efecto descontado; su rechazo no es una facultad absoluta y deben estar justificados objetivamente los motivos para rechazar el descuento. En concurso de acreedores, el rechazo sistemático implicaría entender que no descontar el efecto es resultado de un cambio en las circunstancias del contrato originado por la declaración de concurso de acreedores, que es lo que impide el artículo 61 LEC al no determinar por sí misma la declaración de concurso la extinción de los contratos (sin perjuicio, como se ha dicho antes, de considerar nulas las cláusulas que facultan tal resolución por una de las partes por el simple hecho de la declaración de concurso).

²⁰⁶ BANCO DE ESPAÑA, *Memoria del Servicio de Reclamaciones 2009*, pág. 295 y ss. «Este contrato no está regulado en ninguna norma, por lo que su definición y la delimitación de su contenido se han llevado a cabo mediante la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El descuento bancario se caracteriza por el hecho de que la entidad de crédito anticipa al cliente el importe del crédito que este tiene con un tercero, previa deducción de los intereses correspondientes por el tiempo que falta para su vencimiento, mediante la adquisición por la entidad de crédito de la titularidad del crédito cedido. Esta cesión se produce *pro solvendo* (es decir, para pago una vez se satisfaga por el deudor el crédito cedido) y con la cláusula «salvo buen fin. Contrato de descuento bancario/gestión de cobro. [...] Se consideraron abusivas y, por consiguiente, nulas las cláusulas de vencimiento anticipado cuando las deudas estuvieran suficientemente garantizadas (esto es, la entidad de crédito tiene derecho de reintegro en caso de fracaso del crédito). Ese doble mecanismo (anticipo del crédito —con el descuento— y derecho de reintegro en el supuesto de fracaso del crédito) constituye el aspecto más característico de la operación de descuento. El anticipo puede tener lugar de varias formas; entre ellas, el ingreso en una cuenta corriente o de crédito. Por su parte, el derecho de reintegro puede ejercerse judicialmente a través de diversas acciones, o hacerse efectivo extrajudicialmente mediante el contra-asiento que, como modalidad del derecho de reintegro consistente en la operación de cargar al cliente descontatario los efectos que resultaron impagados, se reconoce en numerosas sentencias».

Finalmente, mencionaremos que la cláusula «salvo buen fin» que está implícita en el contrato de descuento hace que, en situación de concurso, si bien la entidad descontante no tiene que devolver el importe de lo cobrado en el caso de que el descontatario haya cobrado también estos importes de los respectivos deudores, el banco tiene derecho a cobrar de la masa. En el caso de que los efectos resulten impagados, la entidad descontante sería titular de un crédito ordinario.

9.5.3. La rehabilitación del contrato de descuento y sus implicaciones concursales.

La rehabilitación del contrato es una facultad excepcional que rompe con los principios básicos de la contratación en favor del concurso y tiende a facilitar la continuidad en la financiación del deudor sin menoscabo de las garantías de cumplimiento de la obligación²⁰⁷. Ya sabemos que las condiciones para que se produzca la rehabilitación son que la solicite la administración concursal y que se produzca antes de que termine el plazo para la comunicación de créditos y se consignen las cantidades debidas hasta el momento de la rehabilitación, asumiendo los pagos futuros contra la masa²⁰⁸. En este caso de rehabilitación del contrato de descuento en base al artículo 68 LC —es decir mediante el pago de las cantidades debidas y las asunción de los pagos futuros con cargo a la masa— no puede ofrecer duda alguna que, en el momento del pago, debe procederse a la entrega física de los títulos vencidos e impagados, junto con la nota de sus gastos, con el fin de que la administración concursal pueda documentar

²⁰⁷ MARTÍNEZ ROSADO, JAVIER, «Los Contratos de crédito, préstamo y descuento en el concurso», *Implicaciones Financieras de la Ley concursal*, (coord. por A. Alonso y J. Pulgar), Editorial La Ley, S.A., Madrid, 2009, pág. 343.

²⁰⁸ Puede contrastarse el alcance y la doctrina de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, en el trabajo de GÓMEZ BERNARDO, NATALIA «Cumplimiento de los contratos en el concurso y competencia objetiva del juez del concurso. Comentario a la sentencia de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de febrero de 2008» *Anuario Contencioso Wolters Kluwer* 2008, Madrid, 2009.

y legitimizar la posible acción contra el deudor que le confiere el artículo 58 LCCh.

La tenencia física de los títulos puede presentar algunos problemas, entre ellos los de reconocimiento del crédito y la prescripción. La falta de devolución de estos efectos impide que se pueda reconocer plenamente el crédito. Podría considerarse que la falta de entrega constituye un incumplimiento de la «condición suspensiva implícita» en el propio contrato. En esta situación de carencia de los títulos, el crédito habría de tener la calificación y reconocimiento de crédito contingente hasta en tanto no se sepa si el título ha quedado o no perjudicado por culpa de la propia descontante (sin la entrega física del título no podemos saber a ciencia cierta si está o no perjudicado)²⁰⁹.

El artículo 88.1 LCCh establece la prescripción de las acciones cambiarias contra el aceptante a los tres años, por lo que si la entidad descontante incurre en el supuesto de prescripción y se pierde la oportunidad de ejercitar la acción directa, lo sería por culpa imputable al descontatario porque la prescripción es consecuencia directa del incumplimiento de la obligación de restituir las prestaciones recibidas del descontante²¹⁰.

²⁰⁹ La STS de 29 de septiembre de 2008 estudia la obligación del banco descontante de devolver aquellos efectos al descontatario en la misma situación jurídica que tenían antes (normalmente existe una cláusula en la que los efectos quedan en poder del banco como garantía del pago del saldo deudor y pignorados). La doctrina entiende que no se infringe el artículo 1170 CC («La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado»), ya que el perjuicio a los efectos requiere la existencia de culpa del acreedor al que le son aplicables las disposiciones sobre el contrato de depósito.

²¹⁰ MAIRATA LAVIÑA, JAIME, «La clasificación concursal del crédito procedente del descuento de efectos», *Diario La Ley*, nº 7355, 4 de marzo de 2010. No obstante lo dicho el autor matiza acertadamente que: «Deteriorada, sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora, la cosa —los títulos descontados— que el descontante estaba obligado a entregar, el menoscabo será de cuenta del acreedor, lo que implica que la obligación de restitución del descontante quedará parcialmente extinguida, en tanto que permanece inalterada la recíproca obligación de restituir que corresponde al descontatario (artículos 1182, 1122 y 1100 CC)».

Entiéndase que no se puede achacar el incumplimiento de la necesidad de devolución de efectos al acreedor si previamente no le es reintegrado el importe del descuento (se trata de un contrato con obligaciones recíprocas y de cumplimiento simultáneo consistente en el pago de los efectos al descontante y entrega de éstos a su librador). No se puede exigir la entrega sin que se efectúe el pago, porque lo contrario sería exigir al descontante algo que va más allá de la obligación recíproca.

9.5.4. Incumplimiento del contrato de descuento posterior al concurso.

Si se produce un incumplimiento posterior al concurso y el concursado no cumple con su obligación de pago, puede resolverse el contrato que ampara el descuento, y si el efecto resulta perjudicado (dada la vigencia de los contratos con obligaciones bilaterales) en este caso será el banco quien debe soportar dicha prescripción. El banco está obligado a presentar el crédito al cobro y a realizar aquellos actos necesarios para que no se perjudiquen los efectos²¹¹.

Todo ello no quiere decir que el banco descontante que no ha devuelto los efectos al descontatario concursado pierda el derecho de reintegrarse su importe. La obligación del banco descontante, ante el impago de los efectos, es devolver estos al cedente con la condición de que tengan la misma eficacia que cuando le fueron entregados pudiendo, en caso de no haber devuelto los efectos, insinuar su crédito como crédito concursal ordinario. Por ello, el crédito que el banco haya podido cargar en la cuenta del concursado con posterioridad a la declaración de concurso tiene la consideración de crédito ordinario sobre el que rige la prohibición de compensación del artículo 58 LC.

²¹¹ STS de 21 de diciembre de 2009 «Pero el crédito solo existía en aquel momento entre el banco descontante y la descontataria. Una cosa es que el deudor siga debiendo y otra que el acreedor descontante siga siéndolo. El banco, que es tenedor de los pagarés impagados, actuó correctamente al ejercitar las correspondientes acciones frente a las contratistas suspensas para evitar que dichos pagarés se perjudicaran y que se aplicara la regla del artículo 1170 CC».

9.5.4.1. La compensación en el contrato de descuento en sede concursal. Diferencias con la compensación en el contrato de cuenta corriente.

El tenor la prohibición del artículo 58 LC es claro al respecto: es improcedente la compensación si se produce el vencimiento de los efectos declarado ya el concurso porque los requisitos para la compensación no concurrían en la fecha de la declaración y el derecho de crédito para la entidad descontante no nace sino cuando se produce el impago de los efectos descontados.

No obstante, debe tenerse presente que la prohibición de compensación del artículo 58 LC no funciona en aquellos contratos en los que la compensación es un mecanismo inherente al cumplimiento mismo del contrato, como ocurre, sin ir más lejos, con los contratos de cuenta corriente, contratos que continúan vigentes tras la declaración de concurso. El contrato de cuenta corriente, por su propia especialidad, conlleva la aplicación de un sistema de compensación automática por acuerdo expreso entre las partes. Se trata de un contrato de tracto sucesivo en el que los ingresos se compensan automáticamente con el saldo deudor y pendiente de cumplimiento, resultando, en suma, protegido por el artículo 61 LC como mecanismo compensatorio y se pueden calificar jurídicamente como «operaciones conexas» o créditos *ex eadem causa*²¹².

²¹² DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, «La compensación en la Ley concursal: régimen general y excepciones», en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia, (Efectos del concurso sobre acreedores, créditos y contratos, la tramitación del concurso: aspectos procesales)*, vol. III, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, pág. 2645, concluye que «con arreglo al texto de la Ley concursal no parece admitirse la compensación en los contratos de cuenta corriente mercantil tras la declaración de concurso». Para los créditos que dimanen de una misma relación jurídica (*ex eadem causa*) no puede negarse el mecanismo compensatorio, como cita expresamente URÍA GONZÁLEZ, RODRIGO, en *Curso Derecho Mercantil*, vol. 2, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2006, pág. 817. En cuanto a créditos conexos pero con origen en obligaciones diferentes, es decir, los créditos *ex dispari causa*, no pueden ser objeto de compensación, como afirma TRUJILLO DÍEZ, IVÁN JESÚS, en «Comentario al artículo 58 LC», en *Comentarios...*, *op.cit.*, pág. 640: «Se trata de rendiciones de cuentas, liquidaciones de remuneración de servicios, reembolsos de aportaciones sociales, que no son compensaciones *stricto sensu* porque no pre-

En síntesis, si antes del concurso existen créditos que no cumplen la condición del artículo 1195 CC (que sean recíprocamente acreedores y deudores y sean deudas vencidas, líquidas y exigibles) puede darse, a efectos compensatorios, alguna excepción si se trata de créditos que deriven de una cuenta corriente. Tradicionalmente se considera, pues, al contrato de cuenta corriente, como una excepción a la prohibición general de compensación en concurso de acreedores, cuya fundamentación estriba en que la declaración de insolvencia produce una especie de «cierre de la cuenta», de forma que lo que pasará a formar parte del activo o pasivo del concurso será el saldo resultante de la cuenta.

10. El contrato de arrendamiento urbano en sede concursal.

La enervación de la acción de desahucio antes de la declaración del concurso así como la posibilidad de rehabilitar la vigencia del contrato hasta el mismo momento del lanzamiento es una de las novedades de la Ley concursal. Si entendemos el contrato de arrendamiento como un contrato de tracto sucesivo, la aplicación del supuesto resolutorio sería la del artículo 62.1 LC, es decir, posibilidad de resolución por incumplimiento anterior a la declaración de concurso. La acción de desahucio por falta de pago de las rentas es, en definitiva, una acción de resolución contractual, en la cual las rentas anteriores están sujetas como crédito ordinario a la comunicación de créditos (artículos 85 y ss. LC) para su inclusión en la lista de acreedores. En cuanto a los créditos por rentas posteriores, son créditos contra la masa y abonables a sus respectivos vencimientos según artículo 154.2 LC, aunque solo exigibles hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos.

suponen la coexistencia de créditos recíprocos sino la realización de añadidos o deducciones con el fin de calcular el montante último del único crédito».

Aunque no faltas voces —minoritarias— que cuestionan esta tesis en el sentido de que cuando el contrato de arrendamiento resulte vigente en el momento de la declaración del concurso y el concursado deje de satisfacer las rentas posteriormente, dado que el arrendador ha entregado la posesión antes del concurso, las únicas obligaciones pendientes son a cargo del concursado-arrendatario, por lo que habiendo entregado su prestación el arrendador y cumplido con la entrega de la cosa, sería de aplicación el supuesto del artículo 61.1 LC.

No obstante entendemos, con la doctrina mayoritaria, que la prestación del arrendador es una prestación de ejecución continuada²¹³ y por ello el arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo caracterizado, no por la simple entrega de la cosa, sino por el hecho de proporcionar al arrendatario el uso pacífico y continuado del objeto arrendado, tal y como se puede deducir del artículo 1554 CC que impone al arrendador la obligación —además de la entrega— de realizar otras prestaciones durante la vida del contrato, como hacer las reparaciones necesarias para servir al fin convenido y mantener al arrendatario en el goce pacífico del objeto arrendado. Si los artículos 61 y 62 LC no distinguen entre el contenido de la obligación (es decir, la prestación misma) debemos concluir que no puede efectuarse tampoco tal distinción considerando aquellas prestaciones del artículo 1554 CC como una sola y única²¹⁴. Siendo, por tanto, las prestaciones del arrendador continuadas en el tiempo, es aplicable al artículo 62.1²¹⁵.

²¹³ Véase en este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza Sección 15 de 17 de junio de 2002.

²¹⁴ PASTOR MARTORELL, NURIA, «Efectos de la declaración de concurso en el contrato de arrendamiento», *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana. Jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº 1, Editorial Tirant lo Blanch, S.A., Valencia, 2013, págs. 27-39.

²¹⁵ La SJM nº 1 de Oviedo de 9 de abril de 2007, nos recuerda que «la prestación básica del arrendador integra una obligación de hacer, de las llamadas de ejecución duradera, sucesiva, continuada o de tracto sucesivo, cuyo *facere* consiste en proporcionar al arrendatario, durante todo el tiempo de vigencia del contrato, el uso o goce pactado de la cosa arrendada».

10.1. La enervación del desahucio.

La enervación es la facultad del arrendatario establecida en el artículo 22.4 LEC de continuar con la vigencia del contrato, cuya discreción está expresamente reconocida en el artículo 70 LC²¹⁶. La posibilidad enervatoria otorgada por la ley tiene como único requisito del pago con cargo a la masa de las rentas debidas y pago de costas. Es uno de los pocos casos en que la Ley concursal se refiere tan en concreto al tema de las costas procesales (los otros casos son el artículo 20, el artículo 51, el 54, el mencionado artículo 70, el 72 de las acciones rescisorias, el 84.2.2º,3º y el artículo 196 LC)²¹⁷.

De igual modo que en la rehabilitación de créditos y contratos de préstamo, en el artículo 68 LC se concede a la administración concursal una facultad excepcional en aquellos contratos que hayan sido declarados resueltos por sentencia firme, cuya facultad no contradice el principio de intangibilidad de las sentencias por cuanto las sentencias dictadas en juicio de desahucio carecen de efectos de cosa juzgada. Tampoco le son aplicables las limitaciones pensadas para el ejercicio abusivo de la facultad de enervación. El apartado cuatro del artículo 22 LEC ya fue modificado por la disposición final 3ª de la Ley 23/2003 de 10 de julio de Garantías en la venta de bienes de consumo, y modificado también por el artículo 2º, apartado 1, de la Ley 4/2013 de 4 de junio de Medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas. Esta disposición contempla el hecho impeditivo del desahucio cuando el arrendador hubiese requerido al arrendatario fehacientemente por lo menos treinta días antes de la presentación de la demanda sin que se efectuase el pago. Actualmente el texto vigente es similar al de la última reforma mencionada con la introducción de un plazo por parte del juez para pagar las rentas adeudadas en los términos del

²¹⁶ JUAN MADRAZO LEAL, «Enervación del desahucio en arrendamientos urbanos», *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 1286.

²¹⁷ Mención que se hace en el trabajo de GONZÁLEZ NAVARRO, BLAS ALBERTO, «Las costas en la Ley concursal», *Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 5, Editorial Wolters Kluwer, S.A. Madrid, 2006, pág. 115.

artículo 440.3 LEC. Pero esta limitación no opera en sede concursal por expresa dicción del artículo 70 LC, párrafo segundo.

10.1.1. Requisitos y fundamentos de la facultad enervatoria del desahucio.

Una vez dictada la sentencia estimatoria del desahucio ya no es posible la enervación propiamente dicha, en cuyo caso será imprescindible para conservar el contrato el proceder a su rehabilitación, lo que resulta obvio por cuanto la rehabilitación necesita la resolución previa del contrato (en este caso la sentencia estimatoria del desahucio) siendo a partir de entonces cuando se abre el tiempo para la rehabilitación. Esta facultad excepcional se fundamenta en el interés del concurso, aunque existe una diferencia esencial respecto a la rehabilitación de los contratos de crédito o de adquisición de bienes con precio aplazado puesto que en el desahucio no se precisa la notificación a la otra parte —en este caso al arrendador— ya que este no tiene ninguna posibilidad ni facultad de oponerse a la rehabilitación.

En el caso de que se inicie un procedimiento de ejecución de sentencia de desahucio ante un juzgado de primera instancia existiendo declaración de concurso, entendemos que el juzgado competente, según los artículos 8.3 y el 55.1 LC, es el juzgado de lo mercantil por tratarse de materia que afecta al contenido patrimonial del concursado y porque no pueden iniciarse ejecuciones singulares hasta la aprobación del plan de liquidación. En correspondencia con ello la LEC, en su artículo 568, establece que no se dictará el despacho de ejecución cuando el demandado esté en situación concursal, debiendo quedar en suspenso las actuaciones desde la declaración del concurso (en concordancia con el artículo 55.3 LC).

Aunque la cuestión no es pacífica del todo: existen posturas que defienden que el lanzamiento derivado de un juicio de desahucio es competencia del juzgado

de primera instancia si el arrendamiento no afecta una actividad empresarial²¹⁸. Otras posturas defienden la competencia de los juzgados mercantiles²¹⁹, siendo la postura que creemos más acorde al espíritu de la Ley concursal la que centra su atención en el hecho diferenciador de tratarse o no de un arrendamiento que afecte directamente a la actividad del concursado²²⁰. Algunas opiniones —si bien no demasiado convincentes en su fundamentación— se muestran críticas con este artículo 70 LC por entender que pueden ser objeto de un trato desigual respecto a otros arrendatarios que no se hallen en situación concursal²²¹.

²¹⁸ En este sentido destacan las siguientes resoluciones: Auto de la AP de Barcelona, Sección 15ª, de 22 de noviembre de 2006; el Auto de la AP de Madrid, Sección 28ª, de 25 de septiembre de 2009; SAP de Zaragoza, Sección 5.ª, de 2 de marzo de 2009; Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, de 21 de febrero de 2011; Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, de 3 de junio de 2009.

²¹⁹ Al respecto las resoluciones siguientes: Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Álava, 28 de enero de 2006; Auto de la AP de Asturias, Sección 1ª, de 6 de mayo de 2010; Auto de la AP de Santa Cruz Tenerife, Sección 3ª, de 19 de mayo de 2011.

²²⁰ De esta opinión son, por ejemplo, POSTIGO GUTIÉRREZ, ANA Y CASADO ROMÁN, JAVIER en «La ejecución de las resoluciones dictadas en los procesos de desahucio», *Diario La Ley*, nº 8184, Sección Tribuna, 5 de noviembre de 2013, donde se exponen las diferentes posturas doctrinales de distintas audiencias provinciales a la hora de determinar la competencia objetiva para conocer de la ejecución de los procesos de desahucio en función de si el objeto del arrendamiento es o no actividad empresarial, destacando, a modo de conclusión, que «[...] En los casos de concurso, entendemos que habrá que atender al objeto del arrendamiento para determinar si el lanzamiento deberá ser competencia del Juzgado de lo Mercantil o del Juzgado de 1ª Instancia. Todos los aspectos que no tengan un contenido meramente patrimonial, deben ser conocidos por el Juzgado de 1ª Instancia, mientras que aquellos aspectos que puedan cuantificarse económicamente, deben ser llevados a la masa del concurso».

²²¹ *Cfr.* LOSCERTALES FUERTES, DANIEL, «La enervación en los arrendamientos urbanos y la Ley concursal», *Sepin Arrendamientos Urbanos*, núm. 241, noviembre 2003, págs. 33 y ss. En opinión de este autor no resulta fácil de comprender esta discriminación positiva a favor del arrendatario en situación de concurso, que puede llevar (aunque parezca exagerado) a que una empresa llegue al concurso simplemente para no perder un gran local que tiene arrendado y sobre el cual ya hubo antes una enervación, por lo que este autor postula la eliminación del artículo 70 de la Ley concursal en aras de evitar los problemas de desigualdad que puede suscitar.

IV. SUPUESTOS CONTRACTUALES DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA GENERAL DEL ARTÍCULO 61 LC.

1. La regla general del artículo 61 LC.

La regla general establecida por la Ley concursal es la de la vigencia de los contratos sin que la declaración del concurso implique la resolución automática del contrato, según dispone el artículo 61.3 LC. Sí, en cambio, son rescindibles —y constituyen excepción a la norma general— aquellos contratos que lo merezcan ya por ser su resolución en interés del concurso (primer supuesto) o en el caso de incumplimiento contractual (segundo supuesto).

Las obligaciones recíprocas son algo más que un contrato bilateral porque la bilateralidad conforma una reciprocidad de prestaciones en las cuales las obligaciones están vinculadas de forma que la prestación asumida por una parte es causa directa y determinante de la contraprestación de la otra. El sinalagma o bilateralidad, por otra parte, requiere que el contrato sea oneroso (como, por ejemplo, los contratos de suministro, de permuta, de arrendamiento financiero o de compraventa) de manera que el nexo de las obligaciones se hace depender mutuamente entre sí. Quedan fuera, en principio, de la aplicación de la regla general del artículo 61 LC los contratos que no contengan obligaciones recíprocas, como los contratos unilaterales y los plurilaterales o aquellos que no sean onerosos, así como aquellos contratos «bilaterales imperfectos» en los que la prestación se realiza *ex post facto*²²².

²²² Ejemplo de estos es el contrato de depósito en el que usualmente la obligación de reponer sólo surge para el depositario, pero si este ha realizado algún gasto en beneficio de la cosa depositada o tuvo que soportar daños derivados de la conservación de la cosa, el depositante deberá indemnizarle de los daños y reembolsarle los gastos habidos.

El primer concepto que debemos retener para una adecuada inteligencia del precepto es el concepto de vigencia, explícitamente mencionado en el título del epígrafe correspondiente a este artículo 61 (vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas y, *expressis verbis*, «la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia [...]»). El concepto de «vigencia» hay que entenderlo como el plazo que media entre la formalización de un contrato y su vencimiento y que concluye trascurrido el período de vida establecido en las condiciones contractuales.

El segundo concepto a retener es que la resolución de los contratos en sede concursal es una excepción a la regla general del artículo 61 LC que mantiene la vigencia de los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento. La excepción se contiene en el párrafo segundo del número dos del artículo 61 LC y ha sufrido alguna pequeña modificación desde la promulgación de Ley concursal²²³.

Nótese que es imposible aplicar el artículo 1124 CC en sede concursal sobre la resolución unilateral y automática de los contratos porque el artículo 62.3 LC establece la norma suprema de conservación de los contratos en interés del concurso, aunque exista causa de resolución. Ello no deja de constituir una quiebra o dislocación en materia de cumplimiento de los contratos ya que se orillan las causas de resolución del Código civil (sólo los contratos de tracto sucesivo pueden resolverse por incumplimiento anterior al concurso, no así los contratos de tracto único incumplidos anteriormente). No obstante, tanto la administración concursal como el concursado —aquella en caso de suspensión y este en casos de intervención— pueden pedir la resolución de los contratos de aquellas prestaciones recíprocas pendientes siempre que sean en interés del concurso; la resolución, por tanto, es una excepción clara en la Ley concursal.

²²³ En concreto el número 2 del artículo 61 fue reformado por el número cuarenta y siete del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, estableciendo las pautas para la resolución de contratos de arrendamiento financiero a falta de acuerdo entre las partes, en el sentido de acompañar con la demanda incidental una tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización.

2. Supuesto del mantenimiento del contrato de préstamo y de las pólizas de crédito en concurso.

2.1. El contrato de préstamo.

El contrato de préstamo —o contrato de préstamo mutuo— se regula en los artículos 1753 a 1757 CC y también en el 311 y ss. Ccom. Se trata de un contrato de naturaleza real, cuyo perfeccionamiento se produce en el momento de la entrega de la cantidad de dinero pactada. Las obligaciones que se derivan del contrato se producen exclusivamente para el prestatario, por lo cual es, obviamente, un contrato unilateral (cuya definición aparece clara en el artículo 1740 CC), a diferencia del contrato meramente de crédito, que es un contrato obligacional por el que el prestamista concede o se compromete a conceder a otro una determinada cantidad de dinero²²⁴. Por su parte, el contrato de préstamo no existe o no nace a la vida jurídica sin la previa entrega del numerario, en cuyo momento surgen obligaciones únicamente para el prestatario, en concreto, la devolución del capital y su interés²²⁵.

Sobre la naturaleza jurídica del contrato de préstamo su construcción dogmática tradicional es la del Código civil, que sigue la doctrina romanista²²⁶. Tradi-

²²⁴ Puede verse una definición «aproximada» del mero contrato de crédito en el artículo 1 de la ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

²²⁵ Este carácter de unilateralidad puede apreciarse en las sentencias del 7 de abril de 2004 y 22 de mayo de 2001.

²²⁶ Es pertinente plantear el problema de la naturaleza jurídica del mutuo simple, que ha sido definida por SÁNCHEZ ROMÁN, como un contrato principal, real, unilateral, traslativo de dominio y a título gratuito; por el cual y en virtud de la entrega de una cosa fungible, queda obligada la persona que la recibe a devolverla a aquella que se la entregó en el plazo y demás condiciones convenidas o que legalmente sean procedentes. Posición igualmente asumida por CASTÁN TOBEÑAS quien, seguidor de la tradición romana y en correspondencia con la redacción del artículo 1740 CC, entiende que el contrato de préstamo es de carácter real, en cuanto se perfecciona por la entrega de la cosa, definiendo el préstamo no por la obligación de entregar, sino por la entrega actual y efectiva de la cosa, y unilateral en cuanto produce obligaciones solo para una de las partes que es el prestatario.

cionalmente, pues, se ha venido considerando un contrato real puesto que requiere la entrega de la cosa (real *quoad constitutionem*). La diferencia fundamental entre contratos con efectos reales (real *quoad effectum*) y contratos reales (reales *quoad constitutionem*) reside en que para que estos últimos nazcan es necesaria la entrega o tradición de la cosa.

Existen diferencias con contratos similares, como el comodato, básicamente centradas en que el préstamo es un contrato donde se transmite la propiedad del dinero, mientras en el comodato no se transmite la propiedad de la cosa; el préstamo puede ser gratuito cuando no se pacta abono de interés de clase alguna, u oneroso si existe el pacto de intereses, mientras que el comodato es esencialmente gratuito.

No obstante, su carácter real y unilateral parece ser puesto en duda en la STS de 9 de mayo de 2013 cuando analiza el concepto de «desequilibrio» en las cláusulas abusivas. Se sostiene que el desequilibrio abusivo solo puede afirmarse de aquellos contratos que generan obligaciones bilaterales, no así del préstamo, porque es contrato real y unilateral y porque el pacto de intereses, por ejemplo, no tiene ninguna contraprestación. La sentencia parece basarse en que no existe en el derecho de la Unión Europea ni en el derecho nacional norma alguna que refiera el desequilibrio entre los derechos y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas; y si bien se inclina por mantener su naturaleza real y unilateral²²⁷ introduce una cierta confusión dogmática al citar resoluciones propias (en concreto la STS 1074/2007, de 10 de octubre) que se decantan (o, al menos, no lo explican suficientemente bien) por la bilateralidad del préstamo cuando se dice «[...] no es lo mismo el contrato bilateral de préstamo y la constitución unilateral del dere-

²²⁷ En este sentido se pronuncia de forma clara la STS 495/2001, de 22 de mayo, al afirmar que «el contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa [...] Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuuario o prestatario».

cho real de hipoteca [...]». Esta tesis —absolutamente minoritaria²²⁸— es partidaria, por mor de la concepción espiritualista del contrato de préstamo, de la bilateralidad del contrato en tanto una parte entrega la cosa y la otra le corresponde la devolución el *tantundem eiusdem generis et qualitatis*, y debe asimilarse a las obligaciones recíprocas en tanto en cuanto una parte ostenta frente a la otra la cualidad de deudor o acreedor.

2.2. La póliza de crédito y su mantenimiento contractual en concurso.

Propiamente hablando la póliza de crédito es una operación bancaria de apertura de un crédito mediante la cual el cliente tiene la posibilidad de disponer de efectivo hasta un límite determinado, mediando, usualmente, un pacto de comisión de apertura e intereses; las obligaciones de la entidad acaban con la puesta a disposición de la posibilidad de utilizar la cantidad convenida, siempre que no supere el límite y durante el plazo convenido.

Declarado el concurso y por aplicación del artículo 61 LC no se produce automáticamente la resolución de los contratos de pólizas de crédito; las entidades de crédito prestamistas no pueden soslayar el cumplimiento de la póliza por la simple declaración de concurso sino que el saldo deudor se reconoce como crédito ordinario, debiendo el contrato seguir desplegando sus efectos conforme a lo pactado. Los ingresos que se produzcan en la cuenta después del concurso no habrán de aplicarse en ningún caso a cobrar el crédito concursal sino, tan solo, los saldos posteriores que puedan resultar de la vigencia de la póliza porque estos son créditos contra la masa con los requisitos del artículo 154 LC.

Las cantidades que después del concurso deban abonarse en la cuenta de la póliza de crédito, por otra parte, no deben hacerse en esta cuenta sino en la de

²²⁸ AGUILAR CARVAJAL, LEOPOLDO, *Contratos civiles*, Editorial Porrúa, S.A., 2ª edición, México DF, 1977, pág. 133.

la administración concursal, quien dispondrá su pago como créditos contra la masa en su momento y circunstancia. No es admisible el «autopago»²²⁹.

En el supuesto de que un crédito determinado se origine por cargos postconcurso (o descuento de efectos, en el caso de pólizas de descuento), dado que su calificación jurídica es de créditos contra la masa (artículo 84.2.6º en relación con el 61.2 LC) no parece que exista inconveniente para admitir compensación. Pero no puede realizarse compensación alguna si no se ha resuelto la póliza ni declarado su vencimiento anticipado. La póliza no resulta, a nuestro entender, amparada por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública²³⁰, puesto que, en puridad, la posible compensación deriva no de un contrato marco que precise liquidación sino del propio contrato de póliza de crédito²³¹. Y ello por mucho que en la póliza se haya convenido que la entidad pueda cobrarse mediante la aplicación de los saldos acreedores existentes en otras cuentas o depósitos, sin intervención del deudor ni declaración judicial de incumplimiento. La compensación después del concurso no sería posible (artículo 58 LC) salvo que se hubieran cumplido todos los requisitos de la compensación con anterioridad.

²²⁹ Si el contrato de póliza de crédito permanece vigente en la misma situación y condiciones que tenía antes de la declaración del concurso y hasta el vencimiento convenido, no puede la entidad bancaria efectuar operaciones de bloqueo e impedir su disponibilidad. El banco debe permitir el seguir realizando disposiciones de la cuenta de póliza de crédito hasta el límite de la misma (doctrina recogida en la SJ 1ª Instancia nº 1 de Palencia de 8 de enero de 2010).

²³⁰ El Real Decreto-ley 5/2005 recoge en su título I, capítulo II, la normativa vigente en supuestos de acuerdos de compensación contractual y garantías financieras al objeto de incorporar al ordenamiento jurídico español las disposiciones de la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera.

²³¹ En cuanto a la compensación, el Real Decreto-ley 5/2005 establece un régimen especial al margen de la Ley concursal en sus artículos 5 y 11 que tratan de la ejecución de las garantías financieras, conformándose un carácter jurídico especial al formar parte de un acuerdo marco. La consecuencia práctica es la de transformar los créditos recíprocos en un único crédito, de forma que estos créditos singulares y quedan sujetos a un sistema liquidativo de los saldos recíprocos transformándose en una única deuda, y a la posible ejecución separada de la garantía de acuerdo con la disposición adicional segunda, apartado 3 de la Ley concursal.

Una simple cláusula de compensación incluida en una póliza de crédito no es suficiente para la aplicación del citado Real Decreto-ley, dado que la póliza de crédito no goza de lo que la doctrina califica como un «acuerdo causalizado» y los otros posibles contratos bancarios del deudor no tienen la misma causa contractual que la póliza, cuya finalidad intrínseca es la de conceder un crédito y no la de servir como mecanismo amortizador de otros distintos. La suma neta objeto de compensación que pueda derivarse de aquella cláusula no es un acuerdo marco subsumible en el referido Real Decreto-ley.

Una interpretación apresurada del Real Decreto-ley 5/2005 podría dar a entender que los acuerdos de garantía financiera no pueden estar limitados por el procedimiento concursal y gozan del derecho de ejecución separada en todos los supuestos y, en consecuencia, también pueden aplicarse a las pólizas de crédito. Si bien los acuerdos de garantía financiera no deben verse limitados o restringidos por un procedimiento concursal y se pueden ejecutar separadamente (artículos 14 a 16 del Real Decreto-ley 5/2005) y debe aceptarse la compensación²³², no podemos olvidar que hay que atenerse al texto concreto de la póliza, y por mucho que ésta contenga algunas garantías financieras éstas no dejarán de ser un negocio jurídico sujeto al cumplimiento de una obligación principal. Nuestra opinión es que, en este supuesto, debe respetarse la exigencia de ser necesario un acuerdo marco donde se faculte expresamente a la compensación de todos los saldos.

Como se señala por algunas resoluciones jurisprudenciales «la existencia de una pluralidad de operaciones financieras es un requisito esencial y estructural para la aplicación de las normas relativas al acuerdo de compensación contractual», lo que ha originado serias críticas de la doctrina por sus diferentes inter-

²³² Véase MUÑOZ BENAVIDES, CARMEN, en «La ejecución de las garantías financieras en el ámbito del concurso de acreedores», *Diario La Ley*, nº 8064, Sección Tribuna, 17 de abril de 2013, quien en sus conclusiones apunta tajante que «los acuerdos de garantía financiera no se verán limitados, restringidos o afectados en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal y podrán ejecutarse, inmediatamente, de forma separada, de acuerdo con lo pactado entre las partes y según establece el Real Decreto Ley 5/2005 en sus arts. 14 a 16».

pretaciones a menudo conflictivas²³³. Y desde luego sin perjuicio de la posible nulidad de las cláusulas que de ordinario figuran en las pólizas de crédito relativas a la reserva en favor de la entidad de crédito de dar por concluido o por resuelto el contrato en caso de concurso (porque el cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, artículo 1356 CC, ni pueden ir en contra de la buena fe y del equilibrio de las prestaciones²³⁴).

3. Resolución en sede concursal del contrato de renta vitalicia.

El contrato de renta vitalicia, por sus particularidades, tiene un tratamiento especial en el concurso de acreedores. La renta vitalicia viene regulada en el artículo 1802 CC, y se entiende por tal aquel concierto en el que una persona se obliga a pagar una pensión periódica durante la vida de otra, a cambio de la transmisión del dominio de ciertos bienes muebles o inmuebles. El dominio que se transmite puede afectar a cualquier clase de derecho real (usufructo, por ejemplo) o a un derecho de crédito, pero la obligación del pagador de la pensión no está gravada con una carga no real sino con un derecho de crédito consistente en el pago de la pensión convenida y el pagador responde del cumplimiento de la obligación con sus bienes presentes y futuros.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de un contrato consensual y bilateral, que produce relaciones recíprocas o sinalagmáticas entre las partes; es también un contrato aleatorio puesto que no se sabe la duración de la prestación. Al estar embebido de sinalagmaticidad, la falta de transmisión de la cosa es causa de resolución. Es, asimismo, un contrato de tracto sucesivo puesto que se desenvuelve en el tiempo. Finalmente, es usual que el contrato de renta vitalicia quede garantizado a favor del pensionista con la obligación accesoria de

²³³ Puede verse en este sentido la opinión de SANJUÁN Y MUÑOZ, ENRIQUE en «El régimen particularizado de créditos concursales a través de leyes singulares», *Diario La Ley*, nº 8410, Sección Tribuna, 30 de octubre de 2014.

²³⁴ Artículo 80 del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

una hipoteca sobre las fincas transmitidas (en el caso de bienes inmuebles, artículos 157 LH y 248 RH sobre hipoteca en garantía de renta o prestaciones periódicas)²³⁵.

Para su encaje en el concurso de acreedores y sus efectos resolutivos, debemos destacar que la falta de pago de las pensiones vencidas (artículo 1805 CC) no autoriza el reembolso del capital ni la devolución de la posesión de la finca entregada sino sólo el derecho a exigir el cumplimiento de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras²³⁶. En suma, no puede resolverse el contrato de renta vitalicia por incumplimiento de la obligación (ciertamente sinalagmática) por impago; aunque ello requiere una cierta matización en el sentido de que si no se ha producido ningún pago de la renta sí puede operar el artículo 1124 CC, pero en el caso de que se haya empezado a pagar no podrán recuperarse los bienes sino solo asegurar los pagos futuros (operable en caso de «si-

²³⁵ La bibliografía sobre esta materia es abundante y autorizada. Véase CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Español...*, *op. cit.*; PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos...*, *op. cit.*; DíEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema...*, *op. cit.*; RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, «La cesión de bienes a cambio de alimentos: el contrato de vitalicio», *Libro homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. III, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, págs. 721-762 en donde se expone una interesante reflexión sobre el carácter aleatorio del contrato al decir que «aunque esta es una característica ordinaria del contrato, no constituye, a mi juicio, un elemento esencial del mismo, pudiendo pactarse que la obligación comience o termine en un día determinado, cierto o incierto (el día en que se inicie la percepción de la pensión de jubilación; aquél en que la fortuna del alimentista alcance cierto nivel señalado, etc.), sin que el señalamiento de tal plazo destruya su carácter aleatorio, pues siempre la muerte del perceptor, aun ocurrida antes de que el plazo venza, será causa de la extinción de la obligación».

²³⁶ BONET CORREA, JOSÉ, «Los contratos de renta vitalicia y de vitalicio ante las alteraciones monetarias. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 octubre 1960, 28 mayo 1965 y 14 julio 1973», *Anuario de Derecho Civil*, Ediciones del Ministerio de Justicia, nº 4, Madrid, 1976, pág. 1253, que dice: «la renta vitalicia se trata de un contrato aleatorio y que la falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado, únicamente tiene derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras. En cambio, el contrato de vitalicio, aun siendo aleatorio, o basado en la vida del pensionista, puede implicar en sus pactos la devolución o revocación de lo enajenado por venta, cesión o donación, si se incumplen los compromisos contraídos».

lencio contractual» al respecto, como veremos seguidamente)²³⁷. Creemos, por ello, que puede existir un pacto en contrario de resolución en caso de incumplimiento, total o parcial, que debe respetarse en sede concursal si hay motivo resolutorio y procederse a la devolución de lo entregado siempre que se haya pactado esta condición resolutoria explícita²³⁸.

En resumen, si la transmisión objeto del contrato de renta vitalicia se efectúa sin facultad resolutoria, quien lo constituye no tiene ningún derecho sobre el bien transmitido ni siquiera el de preferencia o de prelación de su crédito en caso de concurso²³⁹. Por el contrario, en el supuesto de un contrato de renta vitalicia con condición resolutoria explícita e inscrita en el Registro de la Propiedad, con facultad resolutoria en caso de incumplimiento, nos encontraríamos frente a un crédito concursal con privilegio especial del artículo 90.4º LC por el importe adeudado de las pensiones. Se trataría de un contrato «íntegramente cumplido» por el perceptor de la pensión —cumplimiento consumado por la transmisión de los inmuebles— cuya parte del precio pendiente de abono (pensiones adeudadas) habría de figurar en la masa pasiva del concurso, y dadas las características del contrato este se mantiene en concurso (artículo 61.1

²³⁷ Matización que destaca O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER en *Código civil comentado...*, *op. cit.*, «artículo 1805».

²³⁸ Es válida la condición resolutoria establecida por las partes voluntariamente y al amparo del artículo 1255 CC. La posibilidad de ese pacto es aceptada por la generalidad de la doctrina y lo ha admitido la jurisprudencia, por ejemplo, en la STS de 29 de junio de 2001, admitiendo que «el artículo. 1805 CC no implica una prohibición del pacto resolutorio, sino una previsión legal de carácter dispositivo para el caso de silencio contractual al respecto». Puede verse en el mismo sentido la RDGRN de 26 abril 1991.

²³⁹ TORAL LARA, ESTRELLA, en *El contrato de renta vitalicia*, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Salamanca, 2008, pág. 459: «Es de aplicación al contrato de renta vitalicia el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC. Por ello, el deudor de la renta no se libera de la obligación de pago de la pensión con el abandono de la cosa entregada como capital [...] y el acreedor no tiene derecho de preferencia o prelación en caso de concurso». En el mismo sentido QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE, en «La situación jurídica de renta vitalicia», *Anales de derecho*, Universidad de Murcia, 1979, pág. 31: «Al entregarse la cosa o capital con que se constituye, se transfiere el pleno dominio, no reteniendo el constituyente derecho alguno sobre la misma, ni pleno ni limitado. Ni siquiera derecho de preferencia o prelación en caso de concurso».

LC) sin perjuicio de las facultades resolutorias del juez del concurso si lo entiende beneficioso para este. En cambio, si no se ha concertado un pacto de condición resolutoria, el crédito del pensionista será ordinario.

4. Contratos de sociedad y su tratamiento en el concurso de acreedores.

Como punto de partida, hemos de señalar que las personas jurídicas de responsabilidad limitada, anónima y la sociedad comanditaria por acciones (excepto las de derecho público) pueden ser declaradas en concurso de acreedores (artículo 1 LC). El interés de los contratos societarios en sede concursal radica en las repercusiones que pueda tener la aplicación de la norma del artículo 61 LC y en la manera en que el mantenimiento de estos contratos afecta al pacto societario.

Fuera de los ámbitos habituales del concurso de sociedades de capital, también pueden ser declaradas en concurso las sociedades de garantía recíproca sujetas a la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca; igualmente las sociedades o clubes deportivos regulados por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte; las sociedades cooperativas que estén inscritas en el Registro de Sociedades Cooperativas y reguladas por la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas; las sociedades mercantiles irregulares del artículo 119 Ccom y las mutualidades de previsión social que hayan adquirido personalidad jurídica, previa inscripción en el Registro Mercantil²⁴⁰.

²⁴⁰ Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca, artículo 13 [se constituirá mediante escritura pública, que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil [...]. Con la inscripción adquirirá la sociedad de garantía recíproca su personalidad jurídica. También la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, reconoce personalidad jurídica y autonomía organizativa y funcional a las Ligas profesionales (artículo 41) «[...] Las Ligas profesionales tendrán personalidad jurídica, y gozarán de autonomía para su organización interna y funcionamiento [...]». La Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, artículo 7: «[...] que deberá ser inscrita en el Registro de Sociedades Cooperativas previsto en esta Ley. Con la inscripción adquirirá personalidad jurídica.»; artículo 69: «[...] las sociedades cooperativas podrán transformarse en sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase. En ningún caso se verá afectada la personalidad jurídica de la entidad transfor-

También pueden ser declaradas en concurso de acreedores las sociedades civiles que tengan publicados sus pactos sociales, y las sociedades colectivas y comanditarias simples en las que los socios respondan ilimitadamente de las deudas sociales. En estos casos la declaración de concurso afectará a la sociedad y no a los socios responsables de las deudas. La declaración de concurso de las sociedades que carecen de limitación de responsabilidad, como las colectivas y las comanditarias, sí pueden ser declaradas en concurso si bien ello implica el concurso de los socios colectivos.

Aquellas entidades que no tengan personalidad jurídica no pueden ser declaradas en concurso debiéndose, en caso de concurso necesario, solicitar el concurso de todos y cada uno de los socios. En este mismo sentido, no procede el concurso de las comunidades de bienes que no tienen personalidad jurídica, ni las Uniones Temporales de Empresas ya que también carecen de ella²⁴¹. No obstante, sí alcanza el concurso a la herencia mientras no se haya producido su aceptación pura y simple.

En lo que atañe a la sociedad civil esta puede declararse en concurso con la particularidad de que los socios habrán de responder de forma subsidiaria de las deudas si no hay activo suficiente, cuya acción de repetición por deudas anteriores al concurso deberá ejercitarse por la administración concursal (o, en su defecto, por los acreedores) a tenor de los artículos 54 y 48 bis.1 LC²⁴². Esta

mada.»; artículo 120: «Las uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas adquieren personalidad jurídica una vez depositen, en el Registro de Sociedades Cooperativas, la escritura pública de constitución [...]». Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, artículo 28: «Las entidades aseguradoras y reaseguradoras se constituirán mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con dicha inscripción adquirirán su personalidad jurídica las sociedades anónimas, mutuas de seguros y mutualidades de previsión social».

²⁴¹ Artículo séptimo, dos, de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional.

²⁴² Introducido por el número treinta y cinco del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

acción contra los socios de la sociedad civil debe ser ejercitada después de la aprobación del convenio o de la liquidación.

4.1. Naturaleza jurídica del contrato societario.

El contrato de sociedad es un contrato de los denominados de gestión colectiva de colaboración y cooperación entre varias personas con la finalidad de obtener una ganancia²⁴³. El artículo 1665 CC establece que la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias. Es un contrato de tracto sucesivo que no se agota por el cumplimiento de una o varias prestaciones y tiene vocación de perdurabilidad en el tiempo. Las aportaciones sociales que efectúan los socios en el contrato societario se asimilan a las que se realizan a una comunidad de bienes, si bien en el caso de que la sociedad tenga personalidad jurídica, su patrimonio (capital) es independiente y pertenece a la sociedad; en el caso de que no goce de personalidad jurídica su régimen es el de las comunidades de bienes del artículo 1679 CC y, en consecuencia, el capital pertenece proindiviso a todos los socios.

Es elemento esencial del contrato societario la finalidad perseguida, o sea, el ánimo de obtener un provecho o ganancia y su reparto entre los socios de acuerdo a su participación y, al unísono, el soportar en igual proporción las posibles pérdidas. El problema de su personalidad jurídica ha sido ampliamente debatido y depende de si las cláusulas del contrato son o no conocidas por los terceros que puedan contratar con ellas.

²⁴³ La doctrina más autorizada los incluye en un subgrupo del contrato de gestión de negocios junto con los contratos denominados de colectividad y comunidad especiales, como, por ejemplo, el de aparcería aunque en ésta es usual que una sola de las partes procure las ganancias o una participación de éstas a cambio de algunas prestaciones, mientras que el de sociedad se caracteriza por a un fin específica en el que las partes se concentran para efectuar negocios en beneficio común. Ver, en este sentido CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil...*, *op. cit.*, tomo IV, «Derecho de obligaciones», págs. 518 y 519.

El artículo 1679 CC entiende que existe sociedad desde la celebración del contrato aunque no se hayan hecho las aportaciones convenidas y, en cuanto a su especie o clases, lo más habitual es la sociedad civil particular sobre determinados bienes y no la sociedad universal que afecte a todos los bienes de los socios (que civilmente implica también la transmisión a la sociedad de todas las deudas, lo que requeriría indefectiblemente la aceptación del acreedor).

En cuanto a las características del contrato societario destaca su aspecto consensual, oneroso, conmutativo y plurilateral, no tratándose de un contrato sinalagmático²⁴⁴. La Dirección General de los Registros y del Notariado, después de ciertas vacilaciones, ha dictaminado que debe interpretarse el artículo 1669 CC en el sentido de no ser necesaria la inscripción en el Registro para la adquisición de personalidad, criterio que debe extenderse a la interpretación de los artículos 35 y 36 CC relativos a las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, que gozarán de personalidad jurídica propia e independiente de la de cada uno de los asociados, salvo que no se conozcan o se mantengan secretos sus pactos. A efectos concursales es indiferente la intencionalidad o finalidad de la sociedad y que ésta sea puramente civil o alcance a la actividad mercantil puesto que el concurso se extiende tanto a los empresarios como a los no empresarios.

4.2. Los efectos del concurso sobre el contrato de sociedad.

La primera cuestión que se nos presenta es la de si una vez declarado el concurso de acreedores puede resolverse o no el contrato de sociedad, es decir si está afectado por los artículos 61 y ss. LC. La cuestión dista de ser pacífica: por un lado, cierto sector doctrinal se decanta en sentido positivo puesto que debe

²⁴⁴ Véase BLASCO GASCÓ, FRANCISCO, «Contrato Societario», en *Derecho Civil: Derecho de obligaciones y contratos*, (coord. por A. López, V.L. Montés y E. Roca), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2001, pág. 501.

entenderse que hay un acuerdo de voluntades y es un contrato bilateral²⁴⁵ aunque de sinalagmaticidad imperfecta o, incluso, inexistente, añadimos nosotros —piénsese, sin ir más lejos, en la formación unilateral de las sociedades unipersonales²⁴⁶—; mientras que otro sector niega la posibilidad de que el contrato societario quede afectado por los principios y preceptos conservativos del contrato en concurso.

El contrato podrá ser, efectivamente, causal en el sentido de que se necesitan acuerdos de voluntades para formar la sociedad y concertar la finalidad que se pretende conseguir y el mecanismo de aportaciones y soporte de pérdidas; la causa del contrato será la expectativa de la obtención de beneficios, pero no puede decirse que sea un contrato sinalagmático y con obligaciones recíprocas.

Los partidarios del contrato de sociedad como contrato sinalagmático argumentan que sus raíces jurídicas se encuentran en el derecho clásico romano que consideraba al pacto societario como algo adornado de obligaciones funcionales determinantes de relaciones en favor de ambos contratantes y que posibilitaban una concreta exigencia recíproca en su cumplimiento (*actio pro socio*)²⁴⁷. Pensamos que, en el mejor de los casos, se puede hablar de un contrato plurila-

²⁴⁵ O'CALLAGAN MUÑOZ, XAVIER, *Código civil comentado...*, *op. cit.*, «artículo 1665», donde la sociedad es definida como «negocio jurídico bilateral productor de obligaciones» cuyo consentimiento al otorgar el contrato es determinante de la «voluntad de unión, la de constituir el contrato y permanecer unidos los contratantes en la actividad, con fin lucrativo, común y partible, consentimiento que coincide con la llamada *affectio societatis*».

²⁴⁶ Cfr. RUIZ VELASCO Y DEL VALLE, ADOLFO, *Manual de Derecho Mercantil*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2007, pág. 203 y ss., donde expresa que al nacer estas sociedades por voluntad unilateral parece que su carácter contractual quede cuestionado «al admitirse por nuestra legislación la posibilidad de que una sociedad anónima o de responsabilidad limitada se constituya por una sola persona hemos de reconocer que no existe un verdadero contrato supuesto que falta el presupuesto básico del mismo: el acuerdo de voluntades».

²⁴⁷ La *actio pro socio* es decir la acción para el socio es aquella que le compete a todo el miembro de la sociedad para exigirse de forma recíproca el cumplimiento de sus obligaciones en su caso para pedir de disolución de la sociedad y que en líneas generales recoge nuestra artículo 1700 CC, la *actio pro socio* deriva de las obligaciones propias del contrato de sociedad en la que son parte todos los socios por lo que todos están legitimados para exigir que los demás cumplan con sus obligaciones.

teral que genera obligaciones para cada uno de los socios, pero no es un contrato sinalagmático. En el contrato societario, al margen de que existan aportaciones recíprocas, lo determinante es el interés en el negocio o explotación. Esta reciprocidad de prestaciones ha dado pie a algún sector de la doctrina para su consideración como sinalagmático, pero creemos que ello no es suficiente por cuanto, si bien impone obligaciones a las partes, éstas no son recíprocas en el sentido del depender la una de la otra²⁴⁸. La jurisprudencia entiende igualmente que no se trata de un contrato bilateral sinalagmático²⁴⁹ y por ello no le serán de aplicación los artículos 61 y ss. LC. En caso de concurso de uno de los socios se podrá, en consecuencia, resolver el contrato societario.

Otro tanto cabe decir del contrato de cuentas en participación, que viene definido en el título II, del libro II Ccom, en sus artículos 239 a 243, como una utilidad en las operaciones entre comerciantes a la que se contribuye con la parte del capital que convinieren y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen. No nos encontramos tampoco ante un contrato sinalagmático con obligaciones recíprocas sino ante una aportación con el objetivo de obtener un beneficio, diferenciándose de la sociedad en que en el contrato participativo falta la «autonomía patrimonial», al no constituirse ningún patrimonio propiamente dicho y, además, en que no se crea un ente con personalidad jurídica propia que es característico de las sociedades mercantiles.

²⁴⁸ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, JOSÉ CÁNDIDO, «Comentario al artículo 1665 CC», en *Comentario al Código Civil*, (dirs. C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1322; EIZAGUIRRE BERMEJO, JOSÉ MARÍA DE, *Derecho de sociedades*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2001, págs. 110-111. Consúltese para mayor ampliación QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, *Las sociedades civiles sin personalidad jurídica en el ordenamiento español*, Universidad de Málaga, Facultad de Derecho, 2003, pág. 49.

²⁴⁹ STS de 26 de abril de 1988: «La verdad es que si los contratantes pusieron un terreno y otro industria de construcción para vender lo que se construyese y repartir entre sí el precio, convinieron lo que el artículo 1665 CC llama contrato de sociedad. Está claro que esta sociedad no tenía por objeto directo e inmediato repartirse la propiedad de lo edificado sino el precio de la venta [...] tal solución [la liquidación] es además la adecuada a la justicia y naturaleza del contrato que se concertó, pues la resolución sería imposible en un contrato que no es sinalagmático y habría de llevar y devolver a unos su terreno y a otros su construcción, lo que no es factible».

La cuenta en participación es un contrato bilateral «de colaboración» entre dos partes en el que el cuentapartícipe aporta bienes o derechos y el otro —denominado parte gestora— se obliga a realizar ciertos actos mercantiles y a rendir cuentas de ellos²⁵⁰. Su verdadera naturaleza jurídica se asemeja, ciertamente, a una comunidad de bienes que no puede ser declarada en concurso como tal al no ser un sujeto de derecho distinto de los comuneros que la forman²⁵¹ y en la que el patrimonio aportado permanece en poder de su titular. No se declara, por tanto, el concurso de acreedores de la comunidad de bienes sino el de sus comuneros, pudiendo, sobre la base del artículo 25.1.4º LC, acumularse el concurso de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta. No debe confundirse, aunque existan elementos comunes, con la posibilidad de acumular las masas activa y pasiva de concursos ya declarados y cuando de dé una confusión de patrimonios (posible en las comunidades de bienes)²⁵².

²⁵⁰ CANO LÓPEZ, ALFONSO, «Concurso y cuentas en participación. Nuevas vías de comunicación de responsabilidad al cuentapartícipe», en *La reforma concursal: III Congreso español de derecho de la insolvencia*, Zaragoza, 5 y 6 de mayo de 2011 (coord. P. Prendes, E.M. Beltrán, J. A. García-Cruces), Editorial Thomson Reuters, S.A., Cizur Menor, 2011, págs. 269-282. Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 29 de junio de 2006, señala que «[...] el de cuentas en participación es un contrato de colaboración por el que uno de los contratantes (cuentapartícipe) aporta bienes o derechos al otro (gestor), quien las hace suyas para dedicarlas a determinadas actividades empresariales o profesionales, que desarrollará en nombre propio, sin intervención alguna del aportante salvo en la percepción, en su caso, de las ganancias que se obtengan».

²⁵¹ Así, en MAGRO SERVET, VICENTE, «Concurso de acreedores del comunero ante la comunidad de propietarios», *Práctica de Tribunales. Revista de derecho procesal civil y mercantil*, nº 90, Editorial Wolters Kluwer, S.A. 2012: «[...] en caso de insolvencia deberán ser «los comuneros los que deberán responder de las deudas de la comunidad (artículo 395 CC) sobre la base del principio de división "pro cuota" (artículo 393 CC)».

²⁵² Véase en este orden de cosas el análisis de ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAUME, «Artículo 25», en *Proceso concursal* (coord. A. Sala, J. Alonso-Cuevillas, J. Machado, P. Vila), Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2013, pág 165, que dice: « Mayores comentarios merece la previsión relativa a la confusión de patrimonios. Dicha previsión se hallaba ya contenida en el antiguo artículo 3.5 LC regulador de la legitimación de los acreedores para solicitar la declaración conjunta de concursos y ha sido recogida por el antes comentado reformado artículo 25 LC, hoy regulador de dicha institución. Sin embargo, para interpretar correctamente el alcance de dicha expresión, debe

La resolución del contrato de cuentas en participación seguirá las normas generales en cuanto a las exigencias y requisitos sin que éstos tengan relevancia en sede concursal²⁵³, ya que no le es de aplicación el mantenimiento de los contratos porque aunque generen obligaciones no existe reciprocidad (o, en concreto, sinalagma; el texto del 239 CCom nada aclara al respecto: puede haberla o no). Desde luego se trata de una cuestión que no se contempla en la Ley concursal a pesar de su importancia práctica y doctrinal²⁵⁴.

4.3. Concurso de un miembro de una Unidad Temporal de Empresas.

Las uniones temporales de empresas (UTE) son una particular figura asociativa regulada por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional, y se configuran como convenios de colaboración entre empresarios

hoy asimismo acudirse a lo dispuesto en el nuevo artículo 25 ter que establece la excepcional posibilidad de acumular masas “cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados”. A contrario, ello significa que puede existir confusión de patrimonios siendo posible e incluso sencillo el deslinde de activos y pasivos. Confusión de patrimonios no equivale pues para el legislador concursal a imposibilidad o gran dificultad de deslinde. Consecuentemente, cabrá entender que bastará con que exista una coincidencia significativa de activos y pasivos para que pueda entenderse concurrente el supuesto legal de confusión de patrimonios a los efectos de acumulación o declaración conjunta de concursos».

²⁵³ STS de 5 de febrero de 1998: «[...] el incumplimiento reiterado de las obligaciones del gestor, reconoce la posibilidad de resolver el contrato de cuentas en participación como "medio de protección de la parte que suple la inejecución grave y reiterada de lo acordado, que por haberse frustrado el fin económico del contrato, le autoriza a no quedar vinculado y recuperar lo que hubiese cumplido", si bien apunta, y aquí está, a nuestro juicio, lo importante, que de no existir una previsión expresa en el contrato controvertido, en caso de incumplimiento, el efecto obligado hubiera sido el de la liquidación de la cuenta en participación que se habría realizado por el gestor».

²⁵⁴ FERRÉ MOLTÓ, MIGUEL Y LEÓN SANZ, FRANCISCO JOSÉ, «Las cuentas en participación y el concurso», *Anuario de derecho concursal*, nº 15, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2008, págs. 33-68: «La reforma concursal no se ha ocupado de las cuentas en participación y no ha tratado los problemas específicos que se suscitan en caso de concurso. La cuestión de la naturaleza asociativa de las cuentas en participación adquiere tras la reforma concursal una particular trascendencia, derivada de las carencias que presenta esta regulación».

por un tiempo determinado o para ejecutar una obra, servicio o suministro concreto, sin que gocen de personalidad jurídica (artículo 7.2), por lo que la responsabilidad frente a terceros es solidaria entre todos los miembros de la UTE y de carácter ilimitado.

La declaración de concurso de una de las sociedades o componentes de la UTE (la UTE como tal, al carecer de personalidad jurídica, no puede declararse en concurso) nos plantea el sugestivo problema de si los efectos de la declaración de concurso alcanzan o no a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. De entrada, la declaración de concurso de uno de los miembros tiene especial trascendencia en tanto en cuanto las relaciones con terceros estén sujetas al derecho común o al derecho administrativo, en su caso. La declaración de concurso de uno de los componentes no tiene por qué afectar a las relaciones jurídicas de otro componente frente a terceros. No obstante, la declaración de concurso de uno de los miembros implica que los acreedores del concursado puedan dirigirse contra los demás miembros de la asociación al ser solidaria la relación entre sus miembros, lo que puede tener consecuencias no deseadas en el concurso ante el posible ejercicio de la acción de regreso.

En el ámbito del derecho administrativo —y en especial en la contratación pública— es de aplicación el Real Decreto-ley 3/2011 que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y en concreto sus artículos 59 y 60.1. b) sobre la prohibición de contratar si uno de los miembros de la UTE ha sido declarado insolvente o en concurso voluntario de acreedores, excepto en el supuesto de haber adquirido eficacia un convenio. Se trata de una disposición no facultativa sino de *ius cogens* o de derecho imperativo.

Si la declaración concursal lo es durante el cumplimiento del contrato, los términos del artículo 67.1 LC nos advierten que los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con las administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial, lo que hace que los contratos celebrados por la UTE en los que uno de sus miembros esté en concurso no se verán afectados por este. Aunque ello parezca claro, en realidad puede inducir a una fácil confusión en tanto que

los contratos administrativos en sede concursal pueden resolverse de forma potestativa hasta la apertura de la fase de liquidación, en cuyo momento sí es obligatoria la resolución.

En definitiva, para la Administración pública la declaración de concurso de uno de los miembros es causa de resolución del contrato aunque de forma potestativa, porque puede continuar con los restantes miembros, pero es obligatoria en caso de insolvencia o de apertura de la fase de liquidación, solución que no nos parece práctica por cuanto la Administración contratante puede continuar la relación con la otra empresa o empresas de la unión temporal a través de la figura de la «sucesión del contratista» o la de «cesión del contrato». Esta solución, sin embargo, tiene alguna particularidad jurídica que la jurisprudencia comunitaria ha puesto encima de la mesa, estimando que la sustitución produce *de facto* una alteración del contrato que ha de conllevar a la renegociación de los pactos iniciales de constitución de la unión temporal de empresas. Es una tesis aceptable en tanto en cuanto la sustitución puede crear en los terceros una falsa idea y, desde luego, distinta, de la que primeramente se formaron para contratar con la unión de empresas. Por ello es más acorde con la lógica jurídica el resolver el contrato, pero no por exigencias de los artículos 61 y ss. LC²⁵⁵. Lógica jurídica que, por lo demás, parece no alcanzar a la regulación legal de las uniones temporales de empresas, siempre fragmentaria, escasa e insuficiente en contraste con la abundante utilización que se hace de las mismas como se pone de relieve por la doctrina²⁵⁶.

²⁵⁵ En este punto la jurisprudencia comunitaria, concretamente la STJUE en el asunto C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GMBH*, de 19 de junio de 2008, considera que la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye «un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial».

²⁵⁶ PÉREZ PAREDES, ESMERALDA, «Las Uniones Temporales de Empresas en la contratación pública», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, Institución Fernando el Católico, Excma. Diputación de Zaragoza, 4 de abril de 2013, págs. 361-402: «La tercera conclusión nos muestra que las sombras que se proyectan en las UTEs, en las fases de licitación, adjudicación y formalización, se convierten en una espesa y oscura bruma cuando nos adentramos en la ejecución contractual, producto, nuevamente, del empecinamiento del legislador en no acometer de una manera firme la tarea de regulación de una figura tan importante como es esta fórmula asociativa empresarial. Si

Si la resolución del contrato en sede concursal lo es por incumplimiento, su declaración puede llegar a crear situaciones injustas respecto de los demás miembros de la asociación empresarial. Lo que procedería en este caso, a nuestro entender, es la disolución de la UTE, lo que no implica forzosamente una pérdida para la masa activa del concurso. Lo cierto es que no es conveniente al interés del concurso forzar la continuidad de una asociación que a tenor del propio régimen societario general (no digamos ya si sus estatutos lo prevén de forma expresa) no tendría por qué continuar en esta situación²⁵⁷.

5. El contrato de fianza y su tratamiento en el concurso.

Mediante el contrato de fianza una parte se obliga a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de que este no lo haga (artículo 1822 CC). La obligación del fiador es subsidiaria aunque esta subsidiariedad no tiene lugar cuando la fianza es solidaria y la obligación del fiador no es condicional²⁵⁸. Es un contrato unilateral y accesorio, y respecto a la subsidiariedad en relación con la deuda principal, el fiador resulta obligado a cumplir íntegramente el contenido de la obligación y también los compromisos accesorios de tal obligación y demás gastos exigibles (artículo 1827 CC)²⁵⁹. Podría hablarse incluso de una auténtica con-

bien, cuando de la fase de ejecución de contrato se trata, no se puede perder de vista “que aspectos como la ejecución del contrato han quedado fuera no ya de las directivas europeas en materia de contratación, sino también de la regulación estatal”, lo que hace de esta fase uno de los “puntos negros de la contratación administrativa».

²⁵⁷ De opinión contraria es VÁZQUEZ CUETO, JOSÉ CARLOS, en «La unión temporal de empresas y el concurso de acreedores», *Anuario de derecho concursal*, nº 23, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2011, pág. 90 y ss., quien justifica la aplicación de las normas concursales —y no por la propia necesidad de extinción de la UTE— por los superiores intereses en beneficio de los acreedores concursales.

²⁵⁸ Véase DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema...*, *op. cit.*, vol. II, pág. 487, donde se expone que la falta de pago del deudor lo único que hace es legitimar la acción que el acreedor tiene contra el fiador, de la misma forma que su acción contra el deudor presupone el incumplimiento de este. El deudor no es un deudor condicional por el hecho de que el acreedor carezca de acción contra él hasta el incumplimiento.

²⁵⁹ Véase en este sentido CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil...*, *op. cit.*, tomo IV, pág. 685.

dición suspensiva del crédito del fiador respecto al posible incumplimiento del deudor principal (supuesto del artículo 87.3 LC) ya que el crédito está condicionado a que ocurra o no la contingencia del impago del deudor principal.

5.1. Reconocimiento del crédito representado por la fianza.

De hecho toda fianza es subsidiaria aunque la obligación constituida por el fiador tenga el carácter de solidaria, puesto que para su ejecución siempre se exige el incumplimiento previo del deudor (el artículo 1144 CC posibilita que el acreedor elija al deudor solidario y dirigir la demanda contra cualquiera de ellos, uno o todos), lo que no sufre variación en sede concursal ya que el acreedor que goza de fianza no vota el convenio y conserva todos sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio (artículo 135.1 LC). En resumen, si el acreedor principal no vota a favor del convenio tiene acción contra el fiador mientras que si vota a favor del convenio deberá estarse al sentido del voto, y la fianza, como crédito accesorio que es, quedará embebida del convenio²⁶⁰.

Cuando un acreedor disfrute de la fianza de un tercero, a efectos de reconocimiento del crédito se aplica el artículo 87.6 LC (supuesto especial de reconocimiento). El crédito deberá, en consecuencia, reconocerse sin limitación a favor del acreedor principal, sin perjuicio de la sustitución subjetiva de la titularidad del crédito en el caso de que el fiador pague, en cuyo momento nace su

²⁶⁰ PERDICES HUETOS, ANTONIO B., *Fianza y concurso. Las garantías personales en la nueva Ley concursal*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2005, pág. 126. «[...] el vigente artículo 135 LC determina por primera vez entre nosotros la suerte de la accesoriidad de los derechos de garantía personales ante el resultado del convenio concursal. Para ello, y prescindiendo de otras circunstancias como las condiciones personales del garante, su implicación con el concursado, etc., toma como único criterio decisivo el sentido del voto del acreedor principal en el mismo. En caso de voto negativo queda cortada cualquier conexidad del crédito concursal resultante del convenio con el crédito de garantía; en caso de voto positivo, la conexidad será la propia o natural del tipo de garantía que se haya pactado y precisamente en las condiciones en que se hayan pactado».

derecho al reconocimiento del crédito en el concurso. La condición que se exige es la de que el acreedor principal haya comunicado el crédito, sin cuyo requisito es imposible el reconocimiento. Si se ha producido la comunicación por parte del acreedor principal, el crédito del avalista o fiador se reconocerá como contingente desde el momento de la declaración del concurso²⁶¹. Este derecho de reembolso contingente no es causa suficiente para que el acreedor principal pueda desvincularse de su obligación de comunicar el crédito (artículo 87.3 LC que confiere a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan). En este momento y caso, lo que se produce es una concurrencia del acreedor principal y del fiador en el concurso, sin que ello implique duplicidad en el reconocimiento del crédito.

5.2. Calificación del crédito derivado de la fianza.

Una vez se ponga de manifiesto la insolvencia del deudor, el fiador (por mor de aquella responsabilidad subsidiaria) queda obligado al cumplimiento de la obligación si el acreedor exige su cumplimiento, en cuyo momento nace el crédito a favor del fiador. El crédito que nace de esta ejecución no es un crédito postconcurso sino preconcurso, porque tan solo ha variado la condición subjetiva del deudor. Es más, al tratarse la fianza de un contrato unilateral y no sinalagmático, el crédito no es contra la masa sino que se trata de un crédito concursal. La consecuencia de esta calificación jurídica tiene trascendencia en cuanto a que si se logra un convenio en el concurso de acreedores el fiador (acreedor subrogado, en definitiva) queda sujeto a lo que se apruebe en el convenio y a sus efectos.

²⁶¹ Es el supuesto de la sentencia de la SAP de Toledo, sección 1ª, de 14 de marzo de 2008, que dice lo siguiente «Los créditos cuya contingencia se discute, de los que la concursada es fiadora solidaria del deudor principal, se siguen pagando con normalidad después del concurso por el deudor principal, por lo que aunque existe renuncia del beneficio de excusión, división y orden por el avalista (la concursada) pudiéndose hacer efectivos sin necesidad de hacer excusión del patrimonio del deudor principal, la razón de la contingencia es que se trata de un crédito sometido a condición suspensiva (el impago por el deudor principal), por lo que con arreglo al art. 87.3, han de ser reconocidos como contingentes».

Cuando el crédito afianzado lo sea por un tercero especialmente relacionado con el concursado se produce automáticamente su calificación como subordinado. Algunas interpretaciones jurisprudenciales entendían que debía efectuarse una interpretación literal del artículo 87.6 LC (calificación menos gravosa para el concurso), mientras que otras ha admitido que debe tenerse en cuenta el espíritu y la finalidad de la norma y, a la postre, las circunstancias especiales de cada caso. Los créditos que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal deberán reconocerse como contingentes hasta en tanto no se termine la excusión, en cuyo momento se reconocerán por el saldo que proceda (artículo 87.5 LC).

Hoy en día se admite —y constituye la tesis mayoritaria e imperante— que no debe calificarse de forma automática como subordinado el crédito afianzado por un tercero especialmente relacionado con el concursado sino cuando el fiador se subroga como titular del mismo, porque esta es la calificación menos gravosa para el concurso, quedando ello más clarificado después de la reforma establecida por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

La anterior redacción era confusa²⁶². Se trataba de una limitación a la subordinación cuando el crédito lo ostentase el fiador pero no cuando lo hiciera valer el acreedor. Puede verse que no tiene sentido que el crédito ostentado por quien goza de la garantía sea de peor condición que el de quien no la tenga. La norma tiene su verdadero alcance cuando se produce el pago por el fiador, más allá de

²⁶² Véase la redacción del número 6 del artículo 87 hasta 2009: «Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador.» Y la redacción después de la reforma: «Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. *Siempre que se produzca la subrogación por pago*, en la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador».

que la solución sea la más adecuada o recomendable por cuanto, en la práctica, los créditos del concursado suelen estar afianzados por socios o administradores, en definitiva personas relacionadas y que por este solo hecho (artículos 92.5º y 93.1 LC) ven degradado el crédito a la condición de subordinado. No puede decirse que sea, en sí misma, una solución totalmente justa²⁶³.

5.3. Posiciones doctrinales respecto de la fianza en concurso.

De lo dicho hasta aquí entresacamos la existencia de tres posiciones doctrinales respecto al problema de la fianza en concurso. La primera de ellas preconiza una total desconexión entre deudor y fiador una vez declarado el concurso, por lo que la fianza puede ejecutarse en cualquier momento. La segunda sostiene que, dado el carácter accesorio de la fianza, el acreedor queda sometido al régimen concursal y no puede procederse a su exigencia. La tercera —más acorde con el sentido de la Ley concursal y, en cierto modo, avalada por gran parte de la jurisprudencia— pone su énfasis en el sentido del voto en el convenio (o al mecanismo liquidatorio, caso de no alcanzarse este), de forma que si el acreedor no vota a favor del convenio, el crédito contra el fiador queda incólume, mientras que si es favorable al convenio este le vinculará directamente²⁶⁴.

²⁶³ Véase por ejemplo BERMEJO GUTIÉRREZ, NURIA, antes de la reforma del 2009 que opinaba lo siguiente en *Comentario...*, *op. cit.*, vol. I, pág. 1572: «[...] La solución consagrada en la Ley es, sin embargo, excesiva. Para solucionar este problema hubiera bastado con permitir que en atención a la circunstancia concurrente en la persona del fiador se corrigiera la calificación del crédito que resulta cedido *ex lege* a resultas de la subrogación [...] Siendo la subordinación una tacha que, en algunos supuestos, deriva de la relación entre el deudor y el garante y no de la propia configuración del crédito (como, sin embargo, pasa con una garantía real o con un privilegio), tiene entonces sentido plantear una lectura alternativa de la regla. Para ello habrá que reducir su eficacia sólo a aquellos casos en los que esa ulterior corrección de la calificación no fuera posible. Cuando, por el contrario, si fuera posible la corrección, habrá que permitir la comunicación del crédito principal con el grado que le es propio y proceder posteriormente a su degradación».

²⁶⁴ ALCOVER GARAU, GUILLERMO, «Los efectos de los convenios concursales en las fianzas», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, (coord. M. Muñoz, U. Nieto), vol. I, 1996, págs. 217-252. También LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, JAVIER, «El crédito contra el fiador...», *op. cit.*, donde se expone el alcance de estas dos

En el supuesto de que, declarado el concurso, la obligación garantizada por el fiador todavía no haya vencido es obvio que el deudor no tiene la obligación de pagar, ni tampoco la tiene, en consecuencia, el fiador. En todo caso el crédito se consideraría como contingente por no haber nacido la obligación accesoria que incumbe al fiador, cuyo crédito solo se convertirá en definitivo en el momento de su vencimiento, pero no por aplicación del artículo 87.5 LC porque este precepto habla de créditos que no pueden ser hechos efectivos sin la previa excusión —o sea, créditos vencidos y exigibles— excepto, claro está, de si se produce la apertura de la liquidación y el consiguiente vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados, según reza el artículo 146 LC, en cuyo instante el fiador se convertiría en deudor principal. Cuando el fiador solidario es el propio concursado el crédito pasa a tener la misma consideración que si fuera deudor principal y debe reconocerse como ordinario y no simplemente contingente —a pesar de ser obligaciones distintas— porque responden a un mismo fin o interés²⁶⁵.

6. El contrato de comodato en el concurso de acreedores.

El contrato de comodato, en su concepción romana, tiene una naturaleza jurídica distinta del préstamo mutuo, aunque actualmente se considere como una sola figura. El contrato de préstamo es aquel por el cual una persona (el prestamista) entrega una cosa a otra (el prestatario) para que se sirva de ella obligándose este último a restituir la cosa después de su utilización. En el

primeras tesis, que califica de ortodoxa o civilista y la heterodoxa o concursalista, refiriéndose a la primera como aquella que defiende «que las garantías adicionales ofrecidas por terceros no resultan afectadas por la declaración de concurso, con lo que el crédito frente al fiador tendría la misma naturaleza y cuantía que la del crédito frente al deudor principal».

²⁶⁵ GÓMEZ-BLANES, PABLO, *El principio de accesoriadad de la fianza*, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2008: «La obligación del fiador y la del deudor garantizado son obligaciones distintas, pero al servicio de un mismo interés. La fianza es una obligación de refuerzo en garantía de otra ajena. El fiador asume una auténtica obligación, distinta de la garantizada; pero, en todo caso, no es una obligación autónoma, sino determinada por su referencia a aquella».

Código civil viene definido en el artículo 1740 englobándolo en la categoría de préstamo, reservándose la denominación de comodato para el préstamo de una cosa no fungible cuya característica es la gratuidad («esencialmente» dice el código). El comodato es un préstamo de uso, de naturaleza real, por el que se transmite la posesión inmediata de la cosa, reservándose el comodante la propiedad y debiéndose devolver exactamente la cosa entregada. El simple préstamo (el mutuo) puede ser gratuito o con pacto de pagar intereses. El contrato de comodato nace a la vida jurídica mediante la entrega de la cosa.

Alguna doctrina, sin embargo, lo califica como contrato consensual caracterizado por la promesa de entrega de la cosa²⁶⁶, y de carácter unilateral por cuanto no se establecen obligaciones recíprocas —aunque puedan haberlas, por ejemplo por circunstancias que no nacen del propio contrato sino de actos posteriores, tales como gastos extraordinarios que menciona el artículo 1751 CC—. Pero el objeto primordial del contrato de comodato lo constituyen aquellas cosas que no se consumen por su uso²⁶⁷. Dado el carácter unilateral del comodato, que no genera obligaciones recíprocas, opinamos que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 63.1 LC por tratarse de un «supuesto especial» al que no alcanzan las limitaciones de los artículos 61 y 62 LC, ya que el comodante tiene la facultad de denunciar unilateralmente el contrato.

El contrato de comodato en concurso de acreedores puede ser conflictivo cuando no se haya pactado plazo para su extinción, porque su resolución puede ser beneficiosa para el interés del concurso. Sea como fuere, el comodato, por su carácter esencialmente unilateral, queda excluido de los artículos 61 y 62 LC, aunque si el comodante es el concursado no hace falta que entre en juego el mecanismo de estos artículos puesto que la resolución es también unilateral: el

²⁶⁶ Véase en este sentido las referencias doctrinales citadas por CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ en *Derecho civil...*, *op. cit.*, tomo IV, pág. 399, en el sentido de contrato de cesión de uso de duración temporal que sanciona el artículo 1741 CC. Véase también la opinión de O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER sobre la posibilidad de que las partes lo pacten como contrato consensual, en *Código civil comentado...*, *op. cit.*

²⁶⁷ Así en DIEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO, en *Sistema...*, *op. cit.*, pág. 402.

comodante puede dejar sin efecto el comodato celebrado sin plazo cuando crea oportuno y, si tiene plazo, puede hacerlo antes de su vencimiento si necesita la cosa para sí (artículos 1749 y 1750 CC)²⁶⁸.

En el caso de una cesión de vivienda a título gratuito y sin plazo algunas posturas doctrinales defienden que se trata de una modalidad del comodato, mientras que otras lo conciben como un genuino pacto de precario. En el supuesto particular de la cesión de una vivienda a título gratuito y sin limitación temporal entendemos que se configura un contrato de comodato cuando se cede para un uso concreto y específico, de forma que cuando desaparece la finalidad para la que se cedió, el contrato de comodato se extingue y pasa a ser un simple precario.

En el caso de que el comodante sea el concursado y se pretenda la restitución no creemos que exista una eficaz oposición a la acción para exigir la devolución por cuanto no hay que devolver ninguna posesión y el concursado puede instar en cualquier momento la devolución del objeto en base al artículo 1750 CC.

7. El contrato de depósito en el concurso de acreedores.

El contrato de depósito se considera como un contrato unilateral porque existe exclusivamente un vínculo o relación obligatoria consistente en que tan solo una de las partes asume la obligación de conservar la cosa dada en depósito (artículo 1758 CC). Es un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa al depositario. Una de las notas características de este contrato es la guarda y custodia de lo entregado y la obligación ineludible de devolver lo recibi-

²⁶⁸ Véase STS de 30 de junio de 2009, que trata el caso de una vivienda cedida a título gratuito y sin limitación temporal alguna debiendo considerarse si se ha cedido para un uso concreto y determinado y propio de la cosa. La sentencia afirma que «la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial».

do cuando se lo solicite el depositante. Aunque pueden existir variantes que hagan más compleja esta relación jurídica y nos obliguen a decantarnos por un contrato consensual porque el depósito, si bien es usualmente gratuito, puede ser a veces retribuido, convirtiéndose en este caso en un contrato atípico, lo que en sede concursal puede tener consecuencias remarcables²⁶⁹.

La naturaleza jurídica del contrato de depósito²⁷⁰ es la de un pacto en virtud del cual uno recibe la cosa ajena con la obligación de custodiarla y devolverla cuando se lo exija el depositante. Su unilateralidad no priva de que, en el caso de que medie una retribución (o el abono de gastos necesarios en la cosa), se conforme como un contrato sinalagmático imperfecto, aunque no modifica su carácter unilateral porque esta nueva obligación tiene una causa distinta a la del propio contrato, mientras que las obligaciones bilaterales dimanen de un solo acto o negocio jurídico²⁷¹.

El depósito regulado en el artículo 309 CCom establece que la principal obligación del depositario es conservar y devolver el objeto del depósito, aunque cuando el depositario disponga de las cosas para operaciones que el depositante le encargare no se aplican las reglas del depósito sino las de la comisión mercantil²⁷². En el ámbito mercantil, el depósito de valores mobiliarios es un de-

²⁶⁹ STS de 13 de diciembre de 1996: «[...] Ya el art. 309 del Código de Comercio contempla esta situación compleja, en la que la principal obligación del depositario de conservar y devolver, se desnaturaliza por el propio consentimiento del depositante, dejando en este caso de regir las reglas del depósito, y siendo de aplicación las de la comisión mercantil».

²⁷⁰ ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Derecho civil...*, op. cit.. Igualmente PUIG PEÑA, FEDERICO, *Tratado de derecho civil español*, Revista de Derecho Privado, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1947.

²⁷¹ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ *Derecho civil...*, op. cit., pág. 618: «El depósito gratuito es unilateral porque las obligaciones que puedan nacer a cargo del depositante, más que del contrato mismo, se derivan de hechos extrínsecos, independientes de él, y no constituyen contrapartida de la obligación del depositario».

²⁷² STS de 13 diciembre de 1996: «Ya el art. 309 del Código de Comercio contempla esta situación compleja, en la que la principal obligación del depositario de conservar y devolver, se desnaturaliza por el propio consentimiento del depositante, dejando en este caso de regir las reglas del depósito, y siendo de aplicación las de la comisión mercantil».

pósito regular, mientras que el depósito de efectivo se considera un depósito irregular y complejo (depósito de cuenta corriente) cuya primordial finalidad es la custodia de una cosa fungible que no hay que detallar o especificar; el depositario se obliga a restituir el depósito de una forma genérica.

Tratándose, pues, el contrato de depósito de un contrato unilateral o bilateral imperfecto, según sea gratuito o retribuido, su vigencia en concurso tendrá tratamientos diferentes.

7.1. El contrato de depósito unilateral.

Si el contrato de depósito es plenamente unilateral (con independencia de su naturaleza jurídica civil o mercantil), una vez declarado el concurso el depositario concursado resulta ser un detentador de cosa ajena sobre la cual no tiene ningún derecho de garantía, uso o retención por lo que el contrato no entra en los supuestos de los artículos 61 y 62 LC, y los bienes deben ser puestos a disposición de su titular según dispone el artículo 80 LC.

En el supuesto de contrato de depósito —tanto si es regular como irregular, es decir si recae sobre cosas determinadas o fungibles sin especificar—, si el contrato es retribuido tan pronto se declare el concurso deberá satisfacerse la contraprestación con cargo a la masa activa si la parte incumplidora no es el concursado, mientras que será con cargo a la masa pasiva si quien incumple es el declarado en concurso.

En los casos de contrato de depósito remunerado (sinalagmático imperfecto) este continuará vigente después del concurso, aunque, como sabemos, tanto la administración concursal como el propio concursado pueden pedir su resolución en interés del concurso, con indemnizaciones a cargo de la masa. Piénsese, por ejemplo, en un contrato bancario de depósito retribuido por el simple mantenimiento de una determinada cantidad en la cuenta corriente; al haberse pactado el devengo de determinados intereses a favor del depositante, el con-

trato no tiene por qué resolverse una vez declarado el concurso si resulta ser beneficioso para la masa.

Por el contrario, si se produce un incumplimiento contractual del depósito remunerado una vez declarado el concurso, el contrato puede resolverse por cualquiera de las partes a tenor de lo que establece el artículo 62 LC. En caso de resolución el crédito resultará ser contra la masa. Respecto a la posible indemnización de daños y perjuicios (artículo 62.4 LC, «en todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda»), tenemos ciertas dudas cuando el incumplimiento sea anterior al concurso porque el contrato de depósito no es de tracto sucesivo.

7.2. El contrato de depósito de cuenta corriente como contrato sinalagmático imperfecto.

En los contratos de depósito de cuenta corriente la entidad bancaria no tiene poder de disposición sobre el depósito más allá del cumplimiento de las órdenes del depositante en lo que respecta a los abonos o cargos autorizados. Si la entidad bancaria se obliga también a prestar el denominado «servicio de caja»²⁷³ hemos de pensar que se trata de un contrato independiente del de depósito porque el servicio de caja no es esencial para la existencia del depósito propiamente dicho.

El contrato de depósito en cuenta corriente lleva usualmente aparejada la prestación de un servicio por el banco (que es un mandatario, en realidad, del depositante) por el cual percibe comisiones o alguna retribución, lo que hace que el

²⁷³ Servicio mediante el que la entidad atiende, con cargo a la suma depositada, las órdenes de pago del depositante por diferentes medios (cheques, recibos, letras de cambio, etc.), o el abono de cantidades a su favor por iguales o similares medios de pago.

contrato de depósito (esencialmente unilateral) se convierta en un contrato bilateral imperfecto²⁷⁴.

Algún sector doctrinal preconiza que el contrato de cuenta corriente es un convenio accesorio²⁷⁵ (o incluso preliminar) de otro principal, aunque no vemos base teórica para sostener esta opinión. El contrato de cuenta corriente subsiste por sí mismo y en él concurren los requisitos de consentimiento, objeto y causa del artículo 1261 CC, mientras que un contrato preliminar es aquel en que se acuerda la celebración de un contrato futuro, y el accesorio tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, lo que no se da en el contrato de cuenta corriente. La cuenta corriente bancaria podría definirse como una especie de «contrato omnicompreensivo» en el que se dan relaciones continuadas en el tiempo sujetas a una liquidación final (saldo de la cuenta corriente). Pero es a todas luces un contrato autónomo que no precisa de la existencia de ningún otro. Su sinalagmaticidad deriva de las prestaciones que recibe el depositario²⁷⁶ y, en consecuencia, le es de aplicación la normativa general de los artículos 61 y 62 LC puesto que conlleva obligaciones recíprocas para las dos partes.

²⁷⁴ Se entiende como contrato sinalagmático imperfecto aquel convenio en que, en el momento de su celebración, las obligaciones recaen en una sola de las partes, pero durante su cumplimiento pueden derivarse obligaciones para la otra. Así, por ejemplo, el depósito y el comodato, en los que los obligados son el depositario y el comodatario, aunque pueda llegar a serlo el depositante y el comodante por gastos en la conservación de la cosa o por los perjuicios que se le causen.

²⁷⁵ Sería, según esta teoría, un contrato accesorio en el sentido de tratarse de un depósito irregular de dinero vinculado a un contrato de apertura de crédito.

²⁷⁶ SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, «Contrato de cuenta corriente mercantil, el de cuenta corriente bancaria y rendición de cuentas», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, nº 46, Madrid, 1992, págs. 543-558. CASTRO SALINAS, JAVIER, «Algunos aspectos referentes al contrato de cuenta corriente bancaria», *Themis Revista de Derecho*, Asociación Civil Themis, nº 35, Lima, 2015, págs. 31-37.

7.3. Excepciones a la prohibición de compensación en concurso: especial referencia al supuesto de cuenta corriente.

La antigua legislación concursal admitía la compensación en cuenta corriente por la mera declaración de quiebra, lo que producía de forma inmediata y automática el cierre de la cuenta sin posible intervención de las partes, compensándose créditos y deudas. Este concepto ha variado radicalmente con la Ley concursal, que impone unos nuevos criterios respecto a los créditos que han de conformar la masa activa, vedando la compensación en términos generales. Solamente pueden compensarse en cuenta corriente aquellos créditos que estén vencidos y sean líquidos y exigibles, pero siempre antes de la declaración del concurso²⁷⁷.

En cuanto al funcionamiento de la cuenta corriente en concurso, si el concursado está en régimen de intervención y mantiene las facultades de administración, el contrato seguirá produciendo sus efectos y no se dará el supuesto de «cierre» de cuenta corriente (con efectos compensatorios entre cargos y abonos exigibles). Pero si el concursado se encuentra suspendido de sus facultades la cuenta corriente entra «en cierre» y el crédito resulta exigible, lo que impide su compensación²⁷⁸.

La compensación, como medida solutoria de las obligaciones, no encaja con los principios de derecho concursal porque se considera que la extinción de la deuda por este mecanismo favorece a la parte *in bonis* en detrimento de la *par conditio creditorum*, o sea, que se produce un quebranto del principio concursal de la comunidad de pérdidas porque la compensación implica un cobro inmediato del crédito dejando al margen a los restantes acreedores concursales.

²⁷⁷ Véase, SAP de Barcelona, de 23 de enero de 2013: «[...] tanto en su redacción anterior, aplicable al caso, como en su redacción actual, por la Ley 38/2011, de 10 de octubre [artículo 58 LC], se exige que los requisitos de la compensación existieran con anterioridad a la declaración de concurso.» Puede verse también la exigencia de los requisitos jurídicos clásicos antes de la declaración de concurso en la SJM nº 1 de Bilbao de 9 de marzo de 2014, o la del SJM nº 7 de Madrid de 11 de febrero de 2008.

²⁷⁸ CAMPO BAYO, ALBERT, «La compensación de créditos, con especial referencia al concurso de acreedores», Universitat Autònoma de Barcelona, 2014.

Algunos autores entienden que esta drástica postura margina la función de garantía que representa la concesión de un crédito a otra persona que ya resulta ser su acreedor, de forma que el crédito a conceder resultaría «garantizado» con la esperanza de que en el futuro el acreedor se resarcirá plenamente gracias a la compensación de créditos. Creemos que es una tesis sugestiva, aunque su fundamentación resulte un tanto arriesgada y voluntarista²⁷⁹.

Vale la pena tener en cuenta la expresa derogación que hace la Ley concursal en materia de extinción de créditos con la declaración del concurso y su consideración de parte de la masa activa²⁸⁰. Por esta razón entendemos que debe rechazarse la compensación automática mediante apuntes realizados en la cuenta corriente y estableciendo un único saldo, ya que es un mecanismo automático y maquinal, sin intervención de todos los contratantes como debería ser. De ahí que solo puede considerarse admisible si se produce con anterioridad a la declaración del concurso.

7.4. El contrato de depósito de bienes muebles: especial referencia al contrato de depósito como accesorio de otro.

Queremos referirnos, en concreto, a los contratos de depósito de vehículos que se otorgan entre un fabricante y un concesionario. Por este contrato la empresa fabricante o comercializadora de los vehículos concierta un depósito de ciertas

²⁷⁹ BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO MIGUEL Y ROJO FERNÁNDEZ-RIO, ÁNGEL JOSÉ, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 1086: «[...] no puede desconocerse que existe un destacado paralelismo entre el acreedor del concursado que a su vez adeuda a este alguna cantidad y el acreedor singularmente privilegiado. Es decir, la compensación cumple una misión como medio de pago, pero también opera como garantía en el tráfico jurídico económico».

²⁸⁰ Derogados por la disposición derogatoria única, apartado 3, núm. 3º, de la Ley concursal 3.º de los artículos 376 y 870 a 941 del Código de Comercio de 1885. Véase asimismo, MALDONADO RAMOS, JAIME, «Artículo 205. Compensación», en *Comentarios a la legislación concursal*, (coord. A. Palomar), Dykinson, S.L., Madrid, 2004, pág. 1286; también VILA FLORENSA, PABLO, «Artículo 58. Prohibición de compensación», en *Comentarios a la Ley concursal* (coords. J.M. Sagrera, A. Sala, A. Ferrer), tomo I, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004, tomo I, págs. 622-625.

unidades de ellos, aunque es un depósito no autónomo sino vinculado a otro, que resultaría ser el contrato principal, normalmente un mandato o comisión mercantil, o una concesión en exclusiva, sin menospreciar el hecho de que, en la práctica, el redactado de estos contratos y la singularidad de sus cláusulas hace que ambos contratos, principal y accesorio, estén íntimamente relacionados de forma que el incumplimiento de los pactos del contrato de depósito determina la resolución del contrato de concesión y viceversa²⁸¹.

El contrato de concesión, por ser de índole sinalagmática, es posible mantenerlo o resolverlo en concurso según resulte o no de interés para este. Si no ha habido incumplimiento del contrato principal (el de concesión o comisión mercantil) antes de la declaración del concurso el contrato continuará vigente en su integridad, pero si ha habido incumplimiento antes de la declaración del concurso el crédito que se origine pasará a formar parte de la masa activa del concursado sin que se resuelva automáticamente el contrato de concesión y, por tanto, resultando inexigible la devolución de los vehículos objeto del contrato de depósito.

8. El contrato de mandato en el concurso de acreedores.

El contrato de mandato es un contrato típico y principal puesto que existe por sí mismo; puede ser oneroso o gratuito y de tracto sucesivo al convenirse prestaciones periódicas y pertenece a la categoría de los contratos sinalagmáticos imperfectos. Por ello su estudio en sede concursal debe contemplar si los efectos del contrato producen obligaciones recíprocas entre las partes²⁸².

²⁸¹ TAPIA SÁNCHEZ, MARÍA ROSA «La extinción de los contratos de distribución y agencia como presupuesto de la indemnización por clientela», en *Los contratos de distribución*, (dirs. A. Alonso, L.A. Velasco, C. Alonso, J. Echevarría, A.J. Viera), Congreso de Distribución Comercial y Derecho de la Competencia, Madrid, 2010, pág. 601-650; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, «La compensación...», *op. cit.*, vol. III, pág. 2634; VILLORIA RIVERA, ÍÑIGO Y ENCISO ALONSO-MUÑUMER, MARÍA, *Memento Concursal*, Editorial Francis Lefebvre, S.A., Madrid, 2012, pág. 222.

²⁸² Véase el amplio estudio al respecto en BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL, «Contrato de mandato. Contratos asociativos, contratos de prestación de servicios y realización de

El Código civil adolece de inconcreción cuando define el mandato en su artículo 1709, al que califica como contrato por el cual uno se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra. Desde este punto de vista observamos que el mandato puede ser tanto unilateral como bilateral dependiendo de si existe o no retribución, aunque destacamos que, desde el punto de vista del Código civil, no parecen existir mayores diferencias entre el mandato y los arrendamientos de obra o de servicios. El concepto más claro de mandato lo establece CASTÁN al definirlo como un contrato por el que una persona se obliga a realizar, por cuenta o encargo de otra, actos o servicios relativos a la gestión de uno o varios asuntos, con retribución o sin ella²⁸³ si bien a falta de pacto expreso se presume gratuito. En cuanto al mandato o comisión mercantil, este se presume retribuido, presunción *iuris tantum* que deriva del artículo 277 Ccom cuando obliga a abonar el «premio a la comisión», salvo pacto en contrario.

8.1. Extinción del contrato de mandato por concurso.

Respecto a la extinción del contrato de mandato en situación concursal, el artículo 280 CCom establece como causa de resolución del contrato (el código habla de «rescisión») el mero hecho de que el comisionista sea declarado en concurso, en sintonía con el artículo 1732.3º CC (el mandato se extinguirá por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario).

Por lo tanto, el contrato de mandato, aunque sea sinalagmático por su propia especialidad, termina al declararse el concurso y el fundamento jurídico de ello se encuentra, razonablemente, en la pérdida de confianza de cualquiera de las

obras, contratos aleatorios, contratos para evitar o dirimir conflictos», en *Tratado de contratos*, (dir. R. Bercovitz), vol. III, Editorial Tirant lo Blanch, S.A., Valencia, 2013, págs. 3486-3518.

²⁸³ CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil español común y foral*, volumen 4, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1969, pág. 473.

partes, que no deja de ser el pilar fundamental de este tipo de contratos²⁸⁴. No se olvide que el contrato de mandato es esencialmente revocable y cualquiera de las partes puede pedir su extinción, por mucho que pueda aceptarse la irrevocabilidad del mandato cuando exista un pacto expreso para una finalidad concreta. En este caso el mandato trasciende su propia naturaleza jurídica para convertirse en el reflejo de otro pacto subyacente y de carácter bilateral, que impone la irrevocabilidad como medida excepcional para evitar que fracase el fin primordial del contrato jurídico subyacente²⁸⁵.

El contrato de mandato es, pues, una excepción al principio general de no extinción de los contratos por declaración de concurso. La Ley concursal no ha modificado el artículo 1732.3º CC, por lo que es inoperante la decisión de las partes de conservar el contrato una vez declarado el concurso, si bien pueden existir algunas dudas sobre su rehabilitación (artículo 68 LC), aunque estamos convencidos de que, por su propia naturaleza jurídica, más que de una rehabilitación se trataría de un contrato *ex novo* sin relación con el anterior.

Conviene precisar los efectos de la extinción automática del contrato de mandato cuando el concursado es el propio mandante y la situación en que quedan las obligaciones contraídas por el mandatario del concursado. Los actos realizados por el mandatario ignorando la situación del mandante son, en principio, válidos a todos los efectos respecto de terceros (interpretación analógica del artículo 1738 CC). Esta interpretación de la resolución del contrato de mandato no ofrece dudas en cuanto las facultades del concursado son sustituidas, aunque en caso de intervención también estimamos que el contrato queda extinguido.

²⁸⁴ De esta opinión es O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, *Comentarios al código civil*, 6ª edición, Editorial La Ley, Madrid, 2008.

²⁸⁵ STS de 24 diciembre 1993 y también de 24 de abril de 1981, 31 de octubre de 1987, 27 de abril de 1989 y 26 de noviembre de 1991 en las que se mantiene la siguiente doctrina: «Dando por sentado que la irrevocabilidad del mandato, no obstante su normal esencia de revocable, es admisible cuando así se hubiese pactado expresamente con una finalidad concreta que responda a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario o terceras personas, es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente».

Dada la dicción expresa del artículo 1732 CC y por mucho que pueda fundamentarse la conservación del mandato en el genérico interés del concurso, creemos que no hay base para soslayar la previsión del artículo 1732 CC si interpretamos adecuadamente la norma.

Desde la perspectiva dogmática del mandato o comisión mercantil la situación del concursado comisionista mandatario es clara, aunque quizás no tanto respecto del comitente según el artículo 280 CCom. Los efectos inhabilitantes del concurso del comisionista (sustitución de los actos del concursado o mera intervención) deben producir la resolución del contrato, aunque no necesariamente cuando es el comitente quien ha sido declarado en concurso, aunque es aceptable que la administración concursal pueda resolver el contrato por causa justificada. Como norma general, si el concursado es el comitente las prestaciones derivadas del mandato, mientras no se resuelva, van cargo a la masa por tratarse de créditos nacidos de obligaciones recíprocas originadas antes de la declaración del concurso²⁸⁶.

9. Los contratos con condición suspensiva.

La naturaleza jurídica de los contratos con condición suspensiva deriva del contenido del artículo 1113 CC que considera exigible toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto o de algo pasado que los interesados ignoren; su característica esencial es, en consecuencia, la incertidumbre aunque el contrato exista por sí mismo con independencia de que se cumpla o no la condición. En la condición suspensiva la adquisición de los derechos dependerá del acontecimiento del suceso y, como tal, existe desde el primer momento aunque su eficacia esté, en cierta manera, adormecida.

²⁸⁶ Véase el interesante trabajo de MACÍA MORILLO, ANDREA, «La extinción del mandato por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 4, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2005, pág. 171.

Suele definirse la condición suspensiva, desde el punto de vista objetivo, como una obligación agregada a un negocio jurídico mediante la cual se hace depender de un hecho futuro e incierto el nacimiento o la extinción de los efectos de aquél. El aspecto subjetivo lo conforma la voluntad de los contratantes de subordinar la eficacia del negocio a la realización del acontecimiento en cuestión²⁸⁷.

La Ley concursal solo contiene una mención a las condiciones suspensivas de los contratos, concretamente en el artículo 87.3 LC, sin ninguna referencia al origen contractual de tales créditos que nos permita tener una idea clara de su tratamiento en orden a su resolución o mantenimiento en interés del concurso. El apartado 3 de dicho artículo considera que los créditos sometidos a condición suspensiva —así como los litigiosos— deberán ser reconocidos como contingentes sin cuantía propia, si bien con la calificación que corresponda, quedando suspendidos los derechos de adhesión, voto y cobro hasta en tanto no se confirme el crédito, en cuyo momento se le devolverán al acreedor, por así decirlo, los derechos concursales²⁸⁸.

Para el caso de que antes de que la administración concursal presente los textos definitivos se cumpliera la condición suspensiva, ya sea de oficio o a solicitud del interesado, deberán incluirse las modificaciones pertinentes en dichos textos definitivos²⁸⁹. Con esta prevención la Ley concursal nos da una pauta de actuación al entender que a los contratos con condiciones suspensivas no les es aplicable el artículo 62 LC en tanto en cuanto, vigente la condición, nada hay

²⁸⁷ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil...*, *op. cit.*, tomo I, pág. 738.

²⁸⁸ Viene al caso aclarar que el crédito contingente comprende tanto los créditos condicionales en sentido como los créditos sometidos a una *conditio iuris*. Véase la SAP de Pontevedra, sección 1ª, de 4 de diciembre de 2008, que razona acertadamente que «prescindiendo de si el crédito de regreso del artículo 1838 CC es o no un crédito condicional, el legislador concursal ha dado por resuelta esta cuestión, y lo cierto es que sí se adecúa al carácter más flexible de crédito contingente, del que el condicional es sólo una especie».

²⁸⁹ Este aspecto fue introducido por el número 60 del artículo único de la Ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma de la Ley concursal.

que cumplir o incumplir. Al no haberse cumplido la condición estos contratos, si bien mantienen su vigencia en concurso (artículo 61 LC), no pueden ser objeto de resolución ni siquiera en interés del concurso ya que esta acción resolutoria exige que los contratos bilaterales estén pendientes de cumplimiento, lo que no es predicable de un contrato en el que no ha nacido todavía la exigencia de la obligación sometida a condición.

La condición suspensiva, por sí misma, implica una especie de «aplazamiento» del negocio jurídico acordado; en tanto no se cumpla aquélla queda sujeto a la eficaz producción del hecho futuro, y será sólo entonces cuando nazca a la vida jurídica la obligación y, en consecuencia, el momento oportuno para que la administración concursal tome las iniciativas que sean más acordes para el beneficio del concurso, ya sea su mantenimiento o su resolución. Algo diferente ocurre con los contratos sometidos a condición resolutoria que tienen, efectivamente, plena vigencia y exigibilidad hasta en tanto no acaezca el supuesto resolutorio, por lo que a ellos sí pueden aplicárseles las prevenciones del artículo 61 LC. En cambio, los créditos originados por contratos sometidos a condición suspensiva habrán de reconocerse, en principio, como créditos contingentes, en tanto en cuanto en sede concursal la adquisición o pérdida de los derechos derivados del contrato depende de que se produzca el acontecimiento previsto (artículo 1114 CC), lo que según el artículo 87.3 LC determina su calificación como contingentes y sin cuantía propia, y no son computados en el pasivo a efectos de cálculo de las mayorías y del quórum para la aprobación del convenio.

9.1. La fianza como condición suspensiva.

Un caso especial dentro del concurso de acreedores tiene lugar cuando el acreedor opta por dirigirse contra el fiador una vez producido el impago del deudor principal. En virtud de lo dispuesto en el artículo 87.5 LC los créditos que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal se reconocerán como créditos contingentes.

Por este motivo si el acreedor desea ver reconocido su crédito en toda su amplitud debe demandar al deudor y hacer excusión de todos sus bienes²⁹⁰, en cuyo momento se reconocerá el crédito por la cuantía que corresponda según el saldo que resulte después de la excusión.

Para que nazca la obligación del concursado-avalista debe producirse, en primer término, el impago por parte del deudor principal, lo que opera de hecho como una auténtica condición suspensiva. Mientras no sea exigible el crédito del fiador aquél deberá reconocerse como crédito contingente. Una matización se impone: el contrato principal afianzado puede mantenerse o resolverse en interés del concurso; caso de resolverse se entiende cumplida la condición suspensiva que implica el afianzamiento, en cuyo momento la fianza produciría todos sus efectos jurídicos. En todo caso los efectos deben considerarse *ex tunc* cuando se cumpla la condición, retrotrayéndose al momento de la celebración del contrato²⁹¹.

El pacto de fianza es un pacto autónomo e independiente de la obligación que garantiza. Por eso, respecto a los terceros, el acreedor puede dirigirse contra el fiador, contra el afianzado o contra ambos simultáneamente, sin distinción de grados o preferencias. En el caso de concurso del deudor principal, el fiador que paga se subroga en la posición del acreedor pero con la calificación menos gravosa para el concurso. Téngase presente que si el fiador es persona especialmente relacionada con el concursado —lo que ocurre infinidad de veces— su crédito se verá degradado a la categoría de subordinado. Y en el caso de concurso del deudor y fiador a la vez, el acreedor con garantía ostentará un crédito ordinario en ambos concursos, con los derechos que le correspondan.

²⁹⁰ El artículo 1830 CC, en cuanto regula los efectos de la fianza, determina que el fiador no puede ser obligado al cumplimiento de la obligación afianzada mientras el acreedor no haya hecho excusión de todos los bienes del deudor, lo que incluye la totalidad del patrimonio del deudor común; queda a salvo, obviamente la renuncia a este beneficio por parte del fiador.

²⁹¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1992 y 24 de junio de 1995 o la de 18 de mayo de 2005 que abona esta interpretación por la colocación sistemática del artículo 1114 CC en el capítulo III del título 1º del libro 4º del Código civil.

El artículo 87.6 LC²⁹² nos remite a la subrogación por pago, es decir, al crédito de regreso originado por el pago, parcial o total, del fiador y producido después de la declaración del concurso. Debe tenerse en mente, sin embargo, que el pago parcial anterior al concurso impone una solución distinta, como previene el artículo 87.7 LC y su artículo complementario, el 160 LC, cuando destacan el derecho del acreedor que antes de la declaración de concurso hubiera cobrado parte del crédito de un fiador, a obtener (en el concurso del deudor) los pagos correspondientes hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, alcancen el importe total de este.

El crédito de regreso del fiador se deberá reconocer, según impone el artículo 87.3 LC, con la calificación que le corresponda, ya sea privilegiado, ordinario o subordinado. Y no podemos dejar de precisar que no es admisible en sede concursal la consideración de la acción de reembolso del artículo 1838 CC —que regula la indemnización que corresponde al fiador que paga por el deudor (cantidad, intereses, gastos y daños y perjuicios)— como algo diferenciado de la acción de subrogación del artículo 1839 CC, por la que el fiador que paga se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor²⁹³.

Los créditos sometidos a plazo, en cambio, no son créditos contingentes. La diferencia con los créditos que gozan de condición suspensiva —que sí lo son— radica en que, en éstos últimos, existe una efectiva incertidumbre respecto de la misma existencia del crédito²⁹⁴. En cambio, los créditos sometidos a plazo no pueden considerarse contingentes en manera alguna ya que tienen por objeto obligaciones con prestaciones futuras. A efectos concursales, estos créditos sometidos a plazo deben reconocerse por el montante que tengan en la

²⁹² El número 6 del artículo 87 fue modificado por el número dos del artículo 9 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

²⁹³ En este sentido se pronuncia la SAP de Pontevedra de 4 de diciembre de 2008. Cuando dice que «de los preceptos concursales citados cabe deducir que no existen dos acciones de regreso sino sólo una, la de reembolso con subrogación».

²⁹⁴ Véase CARRASCO PEREA, ÁNGEL, *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Thomson Civitas, S.A., 3ª edición, Cizur Menor, 2009, pág. 328.

fecha de declaración del concurso de acreedores, sin perjuicio, claro está, de que puedan actualizarse y modificarse, en su caso, conforme al tipo de interés legal (artículo 88.4 LC) si las prestaciones futuras son dinerarias.

10. Los créditos litigiosos.

Si cuando se declara el concurso hubiese planteado un litigio pendiente de resolución, el crédito objeto del mismo será un crédito litigioso²⁹⁵. Es decir, un crédito incierto, no concretado, cuyo tratamiento concursal será idéntico al de los créditos sometidos a condición suspensiva. La cualidad de litigioso nos la define el artículo 1535 CC cuando dice que se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo. Si nos atenemos a la letra de la ley, es indudable que no será litigioso hasta en tanto no se conteste a la demanda²⁹⁶.

Esta interpretación, lógica gramatical y auténtica, puede chocar en principio, en el ámbito concursal, con la realidad intrínseca del crédito discutido, dejando en manos del deudor —concurtido o no— la calificación definitiva del crédito por el simple mecanismo de no contestar a la demanda. En realidad este problema, apuntado por algún sector doctrinal²⁹⁷, es ficticio por cuanto si transcurrir el plazo sin contestar la demanda, el crédito se convierte automáticamente

²⁹⁵ Por contrato litigioso entendemos aquellos supuestos en el que el objeto principal del contrato queda al albur del resultado del pleito y no se conoce, en consecuencia, el mecanismo de las obligaciones a cargo de una u otra parte hasta que recaiga sentencia firme o transacción. Los contratos litigiosos son rescindibles si se celebran sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial (artículo 1291.4º CC). Sobre la rescindibilidad de los contratos litigiosos puede verse DÍEZ SOTO, CARLOS MANUEL, *Contratos sobre bienes litigiosos y su rescisión*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2013, págs. 52 y ss.

²⁹⁶ Aunque no puede negarse que existe una contradicción con el artículo 410 LEC que establece que la litispendencia (o sea, «existencia de un litigio pendiente» con todos sus efectos procesales) se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida.

²⁹⁷ Podemos estudiar la regulación legal del tratamiento concursal de los créditos litigiosos en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAUME, *La «vis attractiva» del proceso concursal*, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2007, págs. 76-78.

en litigioso y le corresponderá en concurso la calificación procedente a su género y, si no es posible, en la presentación del informe y formación del inventario del artículo 82 LC, o posteriormente a través de la modificación de los textos o en los textos definitivos.

Es cierto que el art. 87.3 LC —que trata de los supuestos especiales de reconocimiento— encuadra como contingentes los créditos litigiosos y no creemos que alcance a los créditos que sean meramente cuestionados por el deudor o sobre los que exista una simple reclamación extrajudicial. En ocasiones la administración concursal —llevada por un poco comprensible exceso de prudencia— considera dudosos a los créditos que son meramente «cuestionados» y sobre los que prevé una reclamación judicial, encuadrándolos como contingentes (por litigiosos). Esta decisión sería errónea²⁹⁸.

Los créditos litigiosos después de la declaración de concurso y anteriores en el tiempo a la presentación del informe de la administración concursal —momento en el que se cierra la inclusión de créditos— tendrán esta condición. Pasado el plazo de impugnación de la lista de acreedores en textos definitivos ya no se podrán admitir como sugiere el artículo 97 LC, excepto que quede el crédito confirmado por resolución judicial firme o sea susceptible de ejecución provisional.

10.1. La sucesión procesal provocada por la transmisión del objeto litigioso en el concurso de acreedores y el retracto.

²⁹⁸ Puede verse esta argumentación en la SAP de Barcelona, Sección 15^a, de 26 de abril de 2012, que advierte: «[...] Al realizar el juicio de reconocimiento que le compete (art. 86 LC), la AC debió adoptar, en este caso, en el que no había pleito pendiente sobre los créditos sino una contienda extrajudicial, una decisión explícita en sentido favorable o desfavorable al reconocimiento en firme o no, tras un juicio de valor y jurídico sobre el derecho de las actoras a resolver el contrato y a la restitución de las cantidades entregadas, compeliendo así a una u otra parte a impugnar la lista de acreedores para el reconocimiento o la exclusión de tales créditos. Pero lo que adoptó fue una solución *híbrida*, de reconocer los créditos como contingentes a resultados de un futuro juicio contradictorio».

La Ley concursal añadió al artículo 17 LEC²⁹⁹ un número 3 en el que se regula la enajenación de bienes y de derechos litigiosos cuando el transmitente se encuentra en concurso de acreedores, remitiéndose de hecho, a efectos de sustitución procesal, al artículo 150 LC, y admitiendo la posibilidad de enajenación de bienes litigiosos quedando el adquirente a resultas del proceso. Para la sucesión procesal basta que la administración concursal comunique la enajenación al tribunal que conozca del pleito sin que la otra parte pueda oponerse a ello³⁰⁰.

La LEC no preveía específicamente este tipo de transmisiones y su necesidad proviene del citado artículo 150 LC. En la cesión de créditos dentro del concurso puede surgir alguna dificultad práctica cuando se produce la adquisición de una unidad productiva en su conjunto, supuesto en el que entendemos que no es aplicable el retracto del artículo 1535 CC. En definitiva no se trata de la cesión de un crédito concreto ni de una cesión singular, lo que sí legitimaría la aplicación del retracto: la venta de una unidad productiva es una sucesión universal —«en globo», como se conoce habitualmente— que excluye el retracto del crédito litigioso³⁰¹.

El artículo 1535 CC obedece a la siempre preocupante compra —normalmente a bajo precio— de un crédito que está a resultas de un pleito. El precepto en-

²⁹⁹ Número 3 del artículo 17 introducido por el apartado 2 de la disposición final tercera de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

³⁰⁰ Véase MAGRO SERVET, VICENTE en «Comentario al artículo 150 Ley concursal», *Guía práctica de aplicación de la Ley concursal*, Editorial La Ley, S.A., Madrid, 2004.

³⁰¹ En esta línea la SAP de Lugo, sección 1ª, de 1 de octubre de 2015, que trata de la adquisición en bloque a la masa activa de la concursada autorizada por la autoridad judicial y niega expresamente que en esta cesión global exista la posibilidad de crédito litigioso, sin que puedan ser tenidas en cuenta las individualizaciones concretas de lo transmitido a efectos del retracto. En el mismo sentido también la misma Audiencia y sección, en sentencia de 25 de septiembre de 2015, señala que «la adquisición en el seno del procedimiento concursal en bloque del patrimonio de una sociedad mercantil concursada imposibilita la individualización del crédito litigioso; por lo tanto, no es una cesión de crédito en concreto y por ello el deudor no tiene derecho a su extinción reembolsando el precio pagado, que es el fundamento del retracto que viene a establecer el artículo citado».

tronca claramente con la idea de desincentivar este tipo de contratos³⁰², y creemos que afecta a las obligaciones unilaterales y a las sinalagmáticas por igual, porque no hay razón para que deba interpretarse con carácter restrictivo a pesar de que la doctrina no es, en este aspecto, plenamente uniforme³⁰³.

Por tanto es posible enajenar bienes litigiosos del concursado con la prevención de que el adquirente queda sujeto al resultado del litigio y los bienes transmitidos no formarán parte de la masa activa del concurso hasta la sentencia firme que ponga fin al pleito. Ello puede presentar alguna dificultad por cuanto la enajenación de estos bienes queda sujeta a la definitiva formación de la masa activa y pasiva y a la comunicación, por parte de la administración concursal, al juez que conozca del pleito, comunicación que tiene efecto legitimador para el cambio de parte procesal y con el carácter *ope legis*, es decir, al margen de las particulares posiciones del comprador y vendedor. La Ley concursal advierte al respecto que «la sucesión tendrá lugar una vez comunicada la transmisión del objeto aunque el adquirente no se persone en el procedimiento», pero puede oponer toda clase de excepciones, incluso personales³⁰⁴.

³⁰² Así textualmente en la STS de 31 de octubre de 2008 «[su] fundamento originario es para la “desincentivación de los especuladores de pleitos” en sintonía con la general repugnancia del Derecho Romano respecto a los compradores de pleitos [...]».

³⁰³ Algún sector doctrinal respalda una interpretación extensiva y analógica del artículo 1535 CC por entender que responde a un criterio general del ordenamiento jurídico. La postura mayoritaria admite que la transmisión se refiere a un derecho de crédito litigioso concreto que requiere una oposición específica y de fondo, no bastando meras excepciones procesales como señala la STS de 31 de octubre de 2008, que, sin embargo, matiza «[...] aunque debe admitirse la eventualidad de la oposición tácita de la rebeldía *ex* artículo 496.2 LEC».

³⁰⁴ MILLÁN HERNÁNDEZ, CARLOS, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1987, pág. 172. También COLOMER FERNÁNDEZ, HORACIO, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil: arts. 16, 17, y 18», en *InDret, revista para el análisis del derecho* 2/2005, Barcelona, mayo de 2005, pág. 31: «como contrapartida a la eliminación de esa posibilidad de formular oposición a la sucesión procesal pretendida, la Ley habilita directamente a la parte originaria no transmitente para que oponga o excepciones frente al sucesor todo derecho o excepción, incluso las de naturaleza personal, que le correspondieren frente al concursado enajenante del objeto en litigio».

11. El contrato de arras en el concurso de acreedores.

El contrato de arras puede verse afectado por la declaración de concurso, ya sea mediante el mantenimiento del mismo —o, mejor dicho, del mantenimiento del contrato principal, que es el contrato de compraventa— o produciéndose su resolución en interés del concurso.

No obstante existen una serie de particularidades relativas a este instituto jurídico que haga que se confunda a veces con el contrato de opción de compra, a pesar de ser negocios jurídicos claramente distintos³⁰⁵. El contrato de arras se considera un pacto accesorio del contrato principal y se establece para garantizar su cumplimiento a través de la «señal» de la celebración del contrato (en cuyo caso la cantidad entregada a cuenta siempre es un adelanto o parte del precio y se conoce como arras confirmatorias). Estas arras se pierden si el contrato no llega a cumplirse pero no permiten *motu proprio* que las partes puedan desligarse libremente del contrato. Las arras penitenciales, por el contrario, consienten que se pueda resolver el contrato mediante su pérdida por parte del comprador o su devolución duplicada por el vendedor³⁰⁶.

³⁰⁵ MUÑOZ MÉNDEZ, JAVIER, «Las arras: modalidades y efectos», *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2015, pág. 34-41. También MORENO-TORRES HERRERA, MARÍA LUISA, «Arras, opción de compra e interpretación del contrato», *Diario La Ley*, nº 78, 2012; en este trabajo la autora critica la STS de 1 de diciembre de 2011 en estos términos: «El Tribunal Supremo interpreta que los litigantes, que habían celebrado un contrato de opción de compra, se habían atribuido una facultad de desistimiento del contrato, atribuyendo a la cantidad de dinero entregada por el beneficiario de la opción el carácter de arras penitenciales, a pesar de que conforme a la interpretación literal y sistemática se trataba de unas arras penales. La sentencia constituye un ejemplo de desprecio a la voluntad contractual y una evidencia de la importante función que corresponde a las normas sobre interpretación de los contratos en la limitación de la arbitrariedad judicial».

³⁰⁶ DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO, en *Sistema...*, *op. cit.*, vol. II, pág. 266: «Este es el contenido del artículo 1454 CC y tienen las arras una finalidad penitencial aneja a la facultad que se otorga a las partes para desligarse del contrato sin embargo el criterio de la jurisprudencia no es favorable a la imperatividad del precepto antes de su aplicación ha de verse si las partes han querido las arras como penitenciales, confirmatorias o penales y únicamente del claro momento en que no se pueda establecer la intención de los contratantes la jurisprudencia predominante es la de que las arras

Esta clase de arras difieren de la *stipulatio poenae* regulada en los artículos 1152 y ss. CC porque constituyen una promesa accesoria y condicionada al cumplimiento de la obligación principal. Dichos artículos en realidad aseguran el cumplimiento de la obligación con indemnización de daños y perjuicios, por lo que el pacto puede ser moderado judicialmente, mientras que el pacto de arras penales tiene carácter real y no es susceptible de tal moderación³⁰⁷.

La jurisprudencia apunta claramente a que hay que entrar a conocer sobre cuál haya podido ser la verdadera voluntad de las partes a la hora de entregar una suma en concepto de «señal». Hay que tener claro si se trata de un auténtico pacto de arras y precisar su modalidad, es decir, si lo son como multa o pena por el derecho de las partes a desistir del contrato. Las arras están fragmentariamente reguladas en el Código civil, que sólo contempla las penitenciales y las confirmatorias; las penales no están reguladas, aunque son admisibles (artículo 1255 CC), pudiendo tener el carácter o función liquidativa del daño (artículo 1152 CC), o punitivas como consecuencia del incumplimiento contractual (artículo 1153 CC).

Las arras confirmatorias operan como un pago a cuenta del precio de una compraventa que ya se ha perfeccionado y demuestran la existencia del contrato. Las arras confirmatorias son la expresión de un contrato con fuerza vinculante y no facultan para resolver la obligación contraída, lo que admite plenamente la jurisprudencia³⁰⁸; las partes, pues, no pueden desligarse del cumplimiento del

tienen el concepto de anticipo del precio y son confirmatorias de la celebración de un contrato».

³⁰⁷ STS de 21 de junio de 2013: «La cláusula penal es un pacto accesorio de carácter personal mientras que las arras penales tienen carácter real y no son susceptibles de moderación judicial».

³⁰⁸ La STS de 22 de diciembre de 1999 ya indicaba que cuando las arras son confirmatorias éstas no facultan por sí mismas a resolver la obligación contraída mientras que las arras penitenciales al artículo 1454 CC permiten desistir del contrato cumpliendo la sanción pecuniaria establecida.

contrato ni tienen la función indemnizatoria de las penitenciales o penales³⁰⁹, y los daños y perjuicios que se causen por la frustración del contrato se determinarán con arreglo a los criterios generales de la responsabilidad contractual o extracontractual. De ahí la importancia de determinar, en sede concursal, a qué arras nos referimos. Si son las del artículo 1454 CC, puede desistirse del contrato y satisfacer el montante indemnizatorio. Si se trata de unas arras confirmatorias en las que la suma entregada lo es a cuenta del total precio de la compraventa, el contrato despliega todos sus efectos. Siendo ello así, la primera conclusión es que las arras confirmatorias son un elemento esencial del contrato, pero no lo son, en cambio, las arras penales o penitenciales, por lo que a estas no se les aplica la regla del artículo 61.2 de la Ley concursal³¹⁰.

El crédito derivado de un contrato de arras incumplido antes del concurso implica, en principio, la restitución de las prestaciones. En el caso de resolución del contrato con anterioridad a la declaración de concurso surge el problema de si sería posible un derecho de separación, conforme al artículo 80 LC, de la suma entregada en concepto de señal. Creemos que no es posible por cuanto se trataría de una deuda que no lleva implícita la facultad de separación del crédito del concurso ni son bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención.

Además, el derecho de retención ha sido modificado por la introducción del artículo 59 bis LC, que impone que, declarado el concurso, quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa³¹¹. El derecho de retención constituye una garantía, mas no un pri-

³⁰⁹ Véase RIVERA FERNÁNDEZ, MANUEL, «Arras, una construcción jurisprudencial», *Revista General de Derecho*, nº 594, editor Augusto Vicente y Amela, 1994, págs. 1714 y ss.

³¹⁰ Puede verse esta argumentación en GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN, «Promesa bilateral...», *op. cit.*, pág. 523-535.

³¹¹ Artículo 59 bis introducido por el número 45 del artículo 1 de la Ley 38/2011 de 10 de octubre de Reforma de la ley concursal.

vilegio, y en la Ley concursal rige el principio de interés de la masa activa (artículo 76.1 LC), principio que ratifica otro tan esencial como el de la *par conditio creditorum*, o sea, la igualdad de condiciones entre acreedores no privilegiados, y el derecho de retención no es, en forma alguna, asimilable a los créditos privilegiados de los artículos 90 y 91 LC.

12. El Real Decreto ley 5/2005 de 11 de marzo y los acuerdos de compensación contractual.

12.1. Objetivo del Real Decreto-ley.

El Real Decreto ley 5/2005 de 11 de marzo³¹² tenía como objetivo incorporar al ordenamiento jurídico patrio la Directiva 2002/47/CE³¹³, con el fin de actualizar la normativa —prácticamente inexistente— sobre los acuerdos de compen-

³¹² Este Real Decreto-ley va encaminado directamente a proteger los derechos de crédito de las entidades financieras, modificando y reduciendo significativamente el establecimiento de garantías del crédito. En palabras de ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO en su trabajo «Una aproximación a las garantías financieras (comentarios al capítulo segundo del Real Decreto-ley 5/2005)», *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coords. María E. Lauroba, Joan Marsal), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2006, págs. 415-430: «A su vez, la estabilidad de las entidades financieras y de los sistemas de pagos y liquidación se refuerzan a través de las mismas [medidas], al ofrecer una cobertura segura que reposa en la alienación fiduciaria de los bienes dados en garantía. Por lo demás, su funcionamiento se hace depender de los acuerdos de garantía suscritos entre las partes, en los que se debe precisar con claridad el alcance de la garantía».

³¹³ Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, *Diario Oficial n° L 168* de 27/06/2002 págs. 43-50, Considerando 14, «Debe protegerse la ejecutabilidad de la liquidación bilateral por compensación exigible anticipadamente, no sólo como mecanismo de ejecución de los acuerdos de garantía financiera con cambio de titularidad incluyendo los pactos de recompra, sino, más en general, en los acuerdos en los que la liquidación por compensación exigible anticipadamente forma parte de un acuerdo de garantía financiera. Las buenas prácticas de gestión del riesgo empleadas corrientemente en el mercado financiero deben protegerse permitiendo a los participantes gestionar y reducir los riesgos de crédito inherentes a operaciones financieras de todo tipo sobre una base neta, calculando la exposición actual como la suma de la estimación de los riesgos de todas las operaciones pendientes con una contraparte y compensando las partidas recíprocas para obtener una sola suma global, la cual debe compararse con el valor actual de la garantía».

sación contractual y garantías financieras. En palabras de su introducción II: «[tiene por objeto] ordenar y sistematizar la normativa vigente aplicable a los acuerdos de compensación contractual y a las garantías de carácter financiero. Se establecen, además, los efectos derivados de las disposiciones de insolvencia sobre dichos acuerdos y garantías. Asimismo, se establece la posibilidad de disponer del objeto de la garantía (dinero, valores e instrumentos financieros) y la ejecución directa de las garantías cuando se produzca incumplimiento, sin intervención de ningún tipo de fedatario o de autoridad pública, e incluso la apropiación directa del bien aportado en garantía por el propio acreedor».

Estos objetivos tan loables y ambiciosos se han llevado a la práctica con escasa fortuna y aún menor rigor técnico³¹⁴. Esta opinión se ve refrendada por las discusiones teóricas sobre los efectos del Real Decreto-ley y los litigios que han dado lugar a pronunciamientos de los tribunales un tanto dispares. Actualmente parece consolidada la doctrina de que los acuerdos de compensación contractual no se ven afectados por la previsión del artículo 61.3 LC, en el sentido de privar de efecto a los pactos que consideren la facultad de resolución por la sola causa de declaración del concurso, no siendo por tanto aplicable este precepto.

12.2. Análisis de la norma y su condición de ley singular.

³¹⁴ Opinión de DÍAZ RUIZ, EMILIO Y RUIZ BACHS, SALVADOR, «Reformas urgentes para el impulso a la productividad: importantes reformas y algunas lagunas», *Diario La Ley*, nº 6240, 27 de abril de 2005: «El resultado es un conjunto normativo de diecisiete artículos en el RDL plagados de lagunas, conceptos atípicos y difíciles de interpretar, imprecisiones, e incoherencias, todo ello susceptible de generar un sinfín de dudas interpretativas y, lo que es peor, de resultados injustos en su aplicación. Es más, cabe incluso interpretar [...] que se ha producido soterradamente una reforma radical de nuestro derecho civil en lo que se refiere a la constitución, perfección, eficacia frente a terceros y ejecución de la mayoría de las garantías constituidas sobre valores, instrumentos financieros y dinero abonado en cuenta en cualquier divisa».

El Real Decreto-ley 5/2005 de 11 de marzo es una ley singular (*ius sigularre*)³¹⁵, o sea, una ley especial para ciertos grupos de personas o relaciones jurídicas y constituye una excepción a los principios generales del ordenamiento jurídico mediante una regulación excepcional y particular de un caso concreto. De conformidad al art. 4.2 CC las leyes excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas y, de acuerdo con la doctrina del TC, no son inconstitucionales³¹⁶.

El Real Decreto-ley consta de 34 artículos, cinco disposiciones adicionales, una transitoria, otra derogatoria y cuatro finales. La norma afecta fundamentalmente a los mercados energéticos, dando nueva redacción al Real Decreto 6/2000 de 23 de junio de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios; también va dirigida al sector eléctrico, en sus artículos 20 a 25, y a los hidrocarburos líquidos y gaseosos cuya regulación se consideraba de urgente y extraordinaria necesidad. Por este motivo se utiliza el Real Decreto-ley —norma jurídica con rango de ley— sin perjuicio de su posterior convalidación por parte del poder legislativo. Es obvio que el recurso al decreto-ley no puede ser utilizado de forma abusiva por parte del poder ejecutivo; un decreto-ley se dicta al amparo de artículo 86 CE, y tiene sus propios límites jurídicos³¹⁷.

El dictamen del Consejo de Estado número 371/2005 sobre el Real Decreto-ley 5/2005 recoge este, en cierta manera, inadecuado método para acometer reformas en el ámbito financiero por trasposición de las directivas 2002/47/CE y

³¹⁵ PORRAS NADALES, ANTONIO JOAQUÍN, en su trabajo «La ley singular y el problema del control de su soporte causal (a propósito de la STC 163/1986 de 17 de diciembre)», *Revista de Derecho Político*, nº 30, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989, págs. 9-21.

³¹⁶ El concepto de ley presente en la CE no impide la existencia de leyes singulares ni constituyen un ejercicio normal de la potestad legislativa, solo limitadas por la necesidad de que responda a una situación excepcional al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada, a una situación singular (STC de 19 de diciembre de 1986).

³¹⁷ Cfr. las SSTC de 28 de octubre de 1997 y de 3 de julio de 2003 que requieren lo que se llama el «presupuesto habilitante» para adoptar esta forma legislativa.

2003/71/CE, y recalca que en el momento de dictar el Real Decreto-ley la transposición de la directiva 2002/47/CE debía haber sido incorporada al ordenamiento jurídico interno como máximo el 27 de diciembre de 2003 mientras que para la directiva 2003/71/CE el plazo finalizaba el 1 de julio de 2005.

El Real Decreto-ley contiene preceptos de carácter sustantivo en los artículos 9 y 24, relativos a los acuerdos de compensación contractual y garantías financieras. El Consejo de Estado fue bastante crítico con esta norma jurídica al cuestionar si en las materias reguladas concurría la justificación de urgencia y de necesidad. También fue crítico desde el punto de vista de la técnica normativa dudando expresamente si era conveniente regular un contenido tan dispar³¹⁸. El Consejo de Estado concluyó que, a pesar de haberse intentado dotar al proyecto de una coherencia interna, en atención a las materias afectadas se valoraba negativamente la técnica normativa empleada.

Este Real Decreto-ley ha originado innumerables conflictos en los tribunales que se han intentado soslayar de varias maneras. Así, por ejemplo, en el Seminario de Jueces de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona celebrado entre el 21 de enero de 2010 y 1 de febrero de 2010, se elaboraron una serie de conclusiones con la única finalidad práctica de homogenizar los criterios hasta que no existiesen resoluciones de tribunales superiores. Los jueces en sus conclusiones entienden que una de las partes debe ser una entidad de crédito, por lo menos, y

³¹⁸ El dictamen se cuestiona «si las materias reguladas en el proyecto justifican realmente el dictado de una norma tan extraordinaria como un Decreto-ley. En líneas generales, en todos los supuestos que se regulan parecen concurrir circunstancias que pudieran aconsejar la incorporación al ordenamiento interno en el plazo más breve posible de las medidas proyectadas, pero dada la radical provisionalidad de este tipo de normas aconseja el Consejo de Estado que posteriormente se adopte la opción de tramitar el texto consultado como proyecto de ley. Desde el punto de vista de la técnica normativa se objeta que se haya ordenado un contenido tan heterogéneo bajo una rúbrica común tan genérica como la de “reformas urgentes para el impulso a la productividad”, así como el notorio grado de fragmentación que afecta a algunas de las normas reformadas, entre las que destaca singularmente la Ley del Mercado de Valores». Seguidamente, el dictamen llama la atención sobre la «anómala circunstancia que supone que el proyecto modifique el contenido de una ley que en el momento de su redacción todavía no ha sido aprobada y que tiene su origen en la tramitación como proyecto de ley de un real decreto-ley anterior, que regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero».

la otra una entidad jurídica o persona física. Por lo que respecta a la compensación convencional de los créditos y deudas resultantes de las operaciones financieras en las que esté interesada una persona concursada, el saldo neto es la compensación voluntaria o convencional, que tiene más que ver con el cumplimiento de la deuda mediante la neutralización de las respectivas obligaciones que con una causa de extinción de las obligaciones según el artículo 1156 CC.

Los acuerdos de compensación contractual tienen su origen en la circular 3/2008 de 22 de mayo del Banco de España³¹⁹, y constituyen fundamentalmente una técnica de minimización del riesgo de la contraparte en los efectos derivados de los contratos bilaterales, cuyo cumplimiento origina un importe o saldo único neto, o sea, una especie de novación del contrato y el nacimiento de otro jurídicamente vinculante a partir de aquel saldo neto.

Las operaciones financieras comprendidas en el ámbito del artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores entran de lleno en esta consideración de acuerdos de compensación financiera, especialmente los contrato de permuta financiera de intereses (usualmente conocidos como *swap* de tipos de interés). Son contratos bilaterales en los que las partes se obligan a entregar la una a la otra sumas de dinero a concretar en base a un capital de referencia que permanece inalterable³²⁰.

³¹⁹ La Circular del Banco de España 3/2008, de 22 de mayo, en la norma septuagésima sexta [acuerdos de compensación contractual admisibles], señala que: «[...] las entidades de crédito podrán utilizar, como técnicas de reducción del riesgo de contraparte, los acuerdos de compensación contractual que se enuncian a continuación: [...] Contratos bilaterales de novación entre una entidad de crédito y su contraparte, en virtud de los cuales los derechos y obligaciones recíprocos queden automáticamente unidos, de tal forma que la novación determine un importe único neto cada vez que se aplique la novación y se cree así un nuevo y único contrato jurídicamente vinculante que extinga los contratos anteriores».

³²⁰ Véase FERNANDO ZUNZUNEGUI en su trabajo «Del *netting* a las garantías financieras», *Themis Revista de Derecho*, n° 54, Asociación Civil Themis, Lima, 2007, págs. 73-83 en el que expone que: [...] El acuerdo de *netting* se caracteriza, por un lado, en la indivisibilidad de las operaciones cubiertas por el acuerdo, y, de otro, por la existencia de condiciones resolutorias expresas con virtualidad para provocar la resolución anticipada de los contratos celebrados al amparo del acuerdo cuando sobreviene el supuesto de insolvencia u otro tipo de incumplimiento pactado en la convención [lo

12.3. Tratamiento concursal de los acuerdos de compensación contractual.

En caso de concurso de acreedores, según el artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2005, mientras se mantenga vigente el acuerdo de compensación contractual se aplicará el primer párrafo del artículo 61.2 LC, y si el contrato fuese resuelto después del concurso se aplicará el artículo 62.4 LC. En suma, el vencimiento o la resolución no se verán afectados por la declaración de concurso sin tener en cuenta el acuerdo de compensación. Tampoco se pueden declarar vencidas anticipadamente alguna de las obligaciones manteniendo otras sin respetar el acuerdo de compensación contractual; el segundo apartado del artículo 16 menciona que, declarado el concurso, se incluirá como crédito o deuda el saldo neto de las operaciones financieras. Es más, el precepto indica (apartado 1) que la declaración de vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente de las operaciones financieras realizadas en el marco de un acuerdo de compensación contractual no puede verse afectada por la apertura de un procedimiento concursal³²¹. Lo lógico es deducir que si la ley prevé la inclusión del saldo neto es porque ya se da por entendido que se ha producido el vencimiento de todas las operaciones a causa de la compensación —prohibida, por otra parte, por el artículo 58 LC— por lo que los convenios de compensación deben extinguirse y liquidarse a la fecha de la declaración del concurso.

que] permite reducir el riesgo de crédito y de liquidez de los operadores, dado que estos riesgos se reducen, a saber, de los importes brutos comprometidos a los importes netos que resulten de aplicar los acuerdos de compensación».

³²¹ Este artículo decimosexto quedó definitivamente redactado por el apartado trece del artículo segundo de la Ley 7/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, y el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, vigente a partir del 1 de julio de 2011.

No obstante, esta interpretación puede entrar en contradicción con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 16 del Real Decreto 5/2005, que prevé la vigencia de estos acuerdos una vez declarado el concurso, siendo imposible la declaración de vencimiento anticipado y dejando a salvo la resolución en interés del concurso. Pero a nuestro entender continúa siendo imposible el vencimiento anticipado a instancias del concursado porque solo es posible este vencimiento a solicitud de la entidad de crédito. Lo que nos lleva a concluir que si se ha producido el vencimiento anticipado antes de la declaración del concurso por incumplimiento del concursado, el saldo neto constituye un crédito concursal, siendo indiferente que esta declaración se consiga al amparo del artículo 62 LC siempre que se ciña a incumplimientos anteriores a la declaración del concurso.

En el caso de vencimiento del acuerdo con motivo de la declaración del concurso, si la entidad de crédito elige el vencimiento de las obligaciones financieras pendientes, el saldo neto contra el concursado es también un crédito concursal y no contra la masa. En caso de incumplimiento posterior a la declaración de concurso las prestaciones son con cargo a la masa, pudiendo la entidad de crédito en este caso acudir al artículo 62 LC y pedir la resolución del contrato y aplicar las cláusulas contractuales compensatorias. Si la resolución lo es en interés del concurso también es factible esta compensación porque el Real Decreto-ley 5/2005 no imposibilita la aplicación del artículo 61.2 LC.

Una vez establecido el marco general del funcionamiento de este Real Decreto-ley, conviene analizar la posición jurisprudencial al respecto. El Tribunal Supremo ya ha establecido como doctrina inconcusa que los créditos derivados del contrato de permuta financiera en el que el deudor se encuentra en concurso de acreedores son créditos concursales y no contra la masa. Su fundamento estriba en el hecho de que, en puridad, el contrato no produce obligaciones recíprocas entre las partes sino obligaciones sólo para la parte que resulte obligada en virtud de la liquidación.

Por ello no se puede pretender calificar de crédito contra la masa una liquidación de un contrato de permuta financiera vencido antes del concurso y que tenga el mismo tratamiento que las liquidaciones posteriores, salvo que el incumplimiento fuese posterior a la declaración. No se trata de un contrato que produzca obligaciones recíprocas —más allá de que el riesgo sea ciertamente bilateral— y el nacimiento de las obligaciones no es igual para ambas partes en todas las liquidaciones. Si las obligaciones derivadas del vencimiento o liquidación anticipada del contrato antes del concurso son créditos concursales no puede usarse un criterio distinto para calificarlo cuando se resuelve después del concurso porque no se trata de obligaciones recíprocas y no es aplicable el artículo 61.2 LC, por lo que la calificación del crédito debe ser concursal.

En realidad el Real Decreto-ley 5/2005 es una excepción al régimen general y confiere validez a la cláusula de finalización del contrato por declaración del concurso (artículo 16.1). La entidad puede, en vía concursal, estar tentada de calificar el crédito derivado de la liquidación (el concurso ya estaría en marcha) como crédito contra la masa, pero el Tribunal Supremo no admite esta tesis. Además, es un solo crédito y no una pluralidad de ellos dentro de un mismo contrato marco: se considera que en este caso no hay compensación porque no hay una pluralidad de obligaciones y la correcta aplicación de esta norma requiere que existan varios contratos diferentes que al final confluyan en una sola obligación jurídica a través del mecanismo liquidatorio³²².

³²² Véase la STS de 17 de noviembre de 2015 cuando preconiza que el presupuesto de aplicación del artículo 16 del Real Decreto-ley 5/2005 ha de ponerse en relación con el artículo 5 de la misma norma, de tal manera que «se sometan al CMOF una pluralidad de operaciones financieras, cuyas respectivas liquidaciones están destinadas a ser compensadas para dar lugar a un saldo neto único, calculado conforme a las reglas establecidas en el acuerdo marco de compensación contractual». Para el Tribunal Supremo no es admisible en concurso establecer un saldo derivado de las liquidaciones de una única operación financiera porque ni siquiera se trataría de una compensación en sentido estricto sino de «una operación aritmética de liquidación [...] de un único contrato». En otras palabras, en concurso de acreedores sólo será admisible la compensación cuando se «cree una única obligación jurídica, que abarque todas las transacciones incluidas entre la entidad de crédito y su contraparte».

12.4. En concreto los contratos de permuta financiera de tipos de interés denominados *swap*.

El contrato de permuta de tipos de interés resulta indiscutible que está configurado como un contrato que confiere obligaciones a ambas partes, aunque estas obligaciones no tengan carácter recíproco sino autónomo y, por lo tanto, no entran dentro del ámbito previsto en el artículo 61.2 LC. De hecho, el carácter aleatorio de este tipo de contratos —que dependen de la evolución de los tipos de interés— hace que se quiebre el esquema del sinalagma funcional.

En los contratos conmutativos cada una de las partes conoce los riesgos y ventajas del contrato y son apreciables desde el inicio del contrato; las partes asumen sus riesgos y ventajas libremente sin que tengan influencia las vicisitudes que puedan surgir en su cumplimiento y que originen una variación del equilibrio contractual, lo que los contratantes dan por posible o por descontado. Contrariamente, en los contratos aleatorios cada parte ignora cuando se producirán las ventajas o pérdidas contractuales porque ello depende de acontecimientos que están fuera de su alcance, inciertos o futuros³²³; en los contratos aleatorios la relación contractual no está concretada y depende de alguna circunstancia externa o imprevisible (artículo 1790 CC)³²⁴.

Los contratos de permuta financiera de tipos de interés se caracterizan por ser contratos aleatorios bilaterales en los que su resultado final es imprevisible y

³²³ Por ejemplo la STS de 9 de febrero de 2011 trata esta cuestión, al señalar que «a diferencia de los contratos conmutativos, en los que cada parte sabe desde su perfección el contenido de cada prestación, en los contratos aleatorios las partes quedan expuestas desde su perfección a unos resultados (positivos o negativos) que sólo son verificables cuando se produce el evento previsto, en nuestro caso: el tipo aplicable a la fecha convenida de cada liquidación periódica».

³²⁴ Véase DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, «El riesgo en la doctrina...», *op. cit.*, pág. 359: «En primer lugar, se configura el contrato aleatorio dentro de la categoría de los contratos onerosos, señalándose que en éstos, además de lo que la otra parte da o se compromete a dar, la asunción del riesgo puede ser la causa del compromiso que se contrae. De esta manera, no pudiéndose encontrar para los contratos aleatorios una justificación suficiente en lo que la otra parte le da o se compromete a darle, se acude a la idea de asumir un riesgo para cubrir el hecho de que finalmente alguno de los sujetos no reciba nada como equivalente de aquello que da».

contingente, circunstancias que son conocidas por los contratantes y que se aceptan libremente. En concurso de acreedores, a este tipo de contratos no se les deben aplicar los efectos de vigencia contractual de la Ley concursal, porque en realidad no estamos hablando de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento; en ellos sólo una de las partes resulta obligada y, por consiguiente, las obligaciones no son recíprocas sino que tienen autonomía propia, lo que les excluye del ámbito del artículo 61.2 LC³²⁵.

Los contratos de permuta financiera de tipos de interés tienen un perfil bilateral (de «apuesta bilateral» lo califica alguna sentencia) en los que las dos partes quedan obligadas desde que «se confirma» el contrato, y usualmente el contrato marco se complementa con una «confirmación» de la operación, pero sólo una de ellas deberá ejecutar su prestación en cada liquidación periódica y a partir del cálculo específico que corresponda según la variación experimentada por los tipos de interés y en la forma pactada.

No puede hablarse, por tanto, de contrato sinalagmático con obligaciones para las dos partes porque ninguno de los contratantes está facultado para compeler al otro a que cumpla su prestación correlativa: falta la interdependencia funcional y aunque sean obligaciones que nacen de un mismo contrato no tienen una causa recíproca y son autónomas.

El resultado final no es otra cosa que el producto de una compensación derivada de la liquidación, ya sea a cargo de una o de otra parte. No obstante, este crédito no puede ser considerado sin más contra la masa porque en el supuesto de concurso y mientras se mantenga vigente el acuerdo de compensación contractual será de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 61.2 LC. Si el acuerdo se resuelve con posterioridad a la declaración de concurso se aplicará el artículo 62.4 LC.

³²⁵ Con un redactado bastante preciso pero árido, la STS de 8 de enero de 2013 interpreta que el cumplimiento simultáneo de la obligación se produce o existe «en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor».

La calificación en concurso del crédito derivado de un contrato de permuta financiera de tipos de interés, si es un importe ya liquidado, se tratará como crédito ordinario; si está pendiente de liquidación deberá considerarse crédito ordinario contingente. Al no existir una auténtica reciprocidad funcional entre las obligaciones de las partes, el crédito está excluido de las previsiones del artículo 84.2.6º LC, por lo que no se trata de un crédito contra la masa por prestaciones pendientes de obligaciones recíprocas vigentes al declarar el concurso.

13. El contrato de *leasing*.

Respecto al *leasing* y su tratamiento concursal la normativa actualmente en vigor se contiene en el apartado dos del artículo 61 LC, que fue modificado por número 47 del artículo único la Ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma de la Ley concursal, añadiendo el párrafo relativo a la resolución de los contratos de arrendamiento financiero y a la necesidad de acompañar una tasación pericial independiente de los bienes cedidos en arrendamiento, con el fin de que sea el juez quien decida lo procedente respecto a la indemnización en caso de resolución del contrato y todo ello con cargo a la masa. La finalidad de la reforma obedece a la necesidad de que este tipo de contratos —y su resolución por incumplimiento, cuya interpretación doctrinal originaba serias discrepancias y disfunciones prácticas dada su permanente y obsesiva litigiosidad— tuviesen cabida dentro de lo dispuesto en el artículo 62 LC.³²⁶

En cuanto a las cuotas impagadas en los contratos de *leasing* no existe una posición unánime sobre si deben calificarse como créditos concursales con privilegio especial de los artículos 61.1 y 90.1.4º LC, con fundamento en la condi-

³²⁶ LA CUESTA RUTE, JOSÉ MARÍA DE LA «El contrato de leasing y el concurso de acreedores del usuario», en *Derecho de sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis*, Editorial Comares, S.A., Granada, 2011, págs. 541-555. CERDÁ ALBERO, FERNANDO, «El contrato de leasing en el concurso de acreedores», en *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Profesor José Antonio Gómez Segade* (coord. A.M. Tobío), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2013, págs.1191-1218.

ción de contrato de tracto único³²⁷. En contraste con ello, hay posturas que defienden que las cuotas devengadas tras el concurso han de ser consideradas crédito contra la masa en base al artículo 61.2 párrafo primero y 84.2.6º LC, por tratarse de un contrato de tracto sucesivo y sinalagmático³²⁸.

Sabemos que para que sean considerados créditos contra la masa la prestación debe ser recíproca y que las obligaciones estén pendientes de cumplimiento al declararse el concurso. Según jurisprudencia sobradamente conocida³²⁹ las obligaciones recíprocas inicialmente convenidas se destruyen si una de las partes ha cumplido su prestación antes de la declaración de concurso, por lo que el crédito contra el concursado incumplidor debe ser considerado como concursal y no contra la masa. Habrá pues que indagar si la relación sinalagmática funciona o no después de declarado el concurso, lo que tendría lugar si el interés del arrendatario es la adquisición del bien por un precio residual al finalizar el contrato, extremo discutible y de difícil prueba, por cuanto es materialmente imposible saber a ciencia cierta cuál pueda ser el interés del arrendatario, si la adquisición del bien por su valor residual o el uso efectivo durante el tiempo de vida del contrato.

La bilateralidad del contrato, por otra parte, puede tener una doble faz si contemplamos la relación jurídica en la fase funcional o de perfección del contrato o en la fase de generación y siguiendo los criterios del Tribunal Supremo suficientemente expresados en esta materia. En el primer supuesto las cuotas impagadas después del concurso se califican como crédito contra la masa hasta en tanto no se resuelva el contrato, mientras que el otro caso se habrán de calificar como créditos concursales con privilegio especial, aunque tales criterios, ex-

³²⁷ Tesis mantenida por las SSAP de Barcelona, Sección 15ª, de 19 de octubre y 9 de noviembre de 2010.

³²⁸ Tesis mantenidas por la SAP de Zaragoza de 19 de enero de 2012 y SSAP de Salamanca, Sección 1ª de 4, 5 y 8 de febrero de 2013.

³²⁹ SSTS de 12 y 19 de febrero y 11 de julio de 2013.

presados de forma un tanto oscura, no resultan del todo convincentes como ha expuesto algún sector doctrinal³³⁰.

³³⁰ CARBAJO CASCÓN, FERNANDO, «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 5 de septiembre de 2013, sobre la calificación de las cuotas impagadas de contrato de leasing tras la declaración de concurso (o los misterios de la interpretación)», *Ars Iuris Salmanticensis. AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. II, nº 1, Universidad de Salamanca, 2014, págs. 337-340 cuya opinión es que esta calificación es «[...] Todo lo contrario a la seguridad jurídica que se espera de la doctrina del Alto Tribunal. Habrá que esperar todavía para ver si el TS decide en sus próximas resoluciones sobre la materia hacer frente a los argumentos de orden sistemático apuntados por alguna Audiencia Provincial [...] y que apuntan a una consideración “en todo caso” del contrato de arrendamiento financiero como un contrato con obligaciones recíprocas tanto en la génesis como durante la vigencia posterior del mismo hasta su resolución, independientemente de si el arrendador financiero asume o no obligaciones relacionadas con el mantenimiento y aseguramiento del bien arrendado».

V. LA SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.

1. La subordinación del crédito. Concepto y fundamentos.

El concepto de la subordinación del crédito fue introducido en la nueva Ley concursal y era inexistente en el anterior cuerpo normativo. Podría encontrarse un precedente en la legislación de quiebras en la regulación del «crédito moroso» o comunicado fuera del plazo establecido. Al margen de los aspectos procesales de la antigua legislación —dispersos y entremezclados en el CCom 1829, el CCom 1885, la Ley de suspensión de pagos y la propia LEC— la materia propiamente concursal se basaba fundamentalmente en el «criterio del privilegio del crédito»³³¹.

Los antecedentes legislativos de la normativa actualmente en vigor se aprecian ya en el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 21 de marzo de 2002. La categoría de los créditos subordinados se introduce en el apartado V de la Exposición de Motivos y lo hace por razones de política legislativa³³². Pero lo cierto es que el propio el Consejo de Estado entiende —y justifica— que los créditos subordinados representen una novedad radical en el anteproyecto, pareciendo razonable dar ese tratamiento a los crédi-

³³¹ Pueden verse los variados y dispersos privilegios establecidos por la normativa concursal anterior en GARRIDO GARCÍA, JOSÉ MARÍA, *Tratado de las preferencias del crédito*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2000, pág. 31.

³³² MANZANARES SECADES, ALBERTO y VILLORIA RIVERA, ÍÑIGO en «Algunos apuntes sobre los créditos subordinados en la nueva Ley concursal», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, nº 5997, 15 de abril de 2004, donde opinan que «Aunque en la Exposición de Motivos el legislador afirma que la prelación de créditos debe basarse en motivos de justicia y no en criterios de oportunidad, lo cierto es que la decisión de privilegiar o subordinar determinados créditos es una opción de política legislativa, basada como tal en criterios de oportunidad. En general, no es más justo que cobren unos acreedores antes que otros; cosa distinta es que pueda resultar más conveniente ordenar a los acreedores conforme a determinados criterios».

tos tardíamente comunicados, accesorios, de naturaleza sancionadora o perteneciente a personas vinculadas con el deudor³³³.

El crédito subordinado hay que entenderlo como antítesis del crédito privilegiado y enmarcarlo jurídicamente en una situación de insuficiencia del patrimonio del deudor para satisfacer todos sus créditos. Es entonces cuando emerge en su esplendor la regla de la *par conditio creditorum*, siendo el privilegio, en realidad, una excepción a dicha regla general³³⁴. Así, aunque la Exposición de Motivos afirme que en la Ley concursal se han reducido las desigualdades existentes bajo la legislación anterior reforzando el principio de la *par conditio creditorum*, lo cierto es que la categoría de los créditos subordinados consolida una excepción más al principio de igualdad entre los acreedores³³⁵.

La Ley concursal ha supuesto, en definitiva, un giro radical en la concepción liberal de los procesos de insolvencia al implantar —junto con otros principios sustantivos y procesales novedosos— el concepto de crédito subordinado. Su aplicación ha conllevado la necesidad de teorizar y analizar sus efectos y consecuencias, dando lugar a situaciones jurídicas peculiares e interesantes. El efecto principal de la subordinación es el de que el acreedor de un crédito subordinado solo puede cobrar después de los acreedores ordinarios, a través de lo que dispone el artículo 158 LC y por el orden establecido en el artículo 92 LC y, en su caso, a prorrata dentro de cada número. Además, en caso de con-

³³³ *Dictamen del Consejo de Estado del Anteproyecto de Ley concursal 21 de marzo de 2002* en *Doctrinal Legal 2002*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005, pág. 137.

³³⁴ Es evidente que todo privilegio reduce la cuota de los demás acreedores y que tal privilegio no deriva de la singularidad del derecho de crédito sino que se trata de un rango procesal encuadrado en el propio proceso de ejecución.

³³⁵ ALONSO LEDESMA, CARMEN, «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», en *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal* (dirs. R. García, A. Alonso y J. Pulgar), Dilex, S.L., Madrid, 2003, pág. 359: «[...] lo que hace la nueva legislación concursal es reforzar la posición de los acreedores ordinarios, a través de la poda de los privilegios y de la postergación de los acreedores subordinados. Ambas medidas favorecen a los acreedores ordinarios, pues incrementan su protagonismo, en caso de convenio, y aumentan sus posibilidades de cobro, en caso de liquidación».

venio, el acreedor cuyo crédito ha sido subordinado carece de voto en la junta, destacando la ley especialmente (artículo 122.1 LC) la carencia de voto de los acreedores que sean personas especialmente relacionadas o que hubiesen adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso.

Un aspecto ilustrativo de las peculiaridades de la subordinación es la agravación general de la subordinación del acreedor calificado en la lista de acreedores como especialmente relacionado con el deudor cuando no impugne esta calificación, extinguiéndose las garantías de cualquier clase de las que fuere titular (artículo 97.2 LC), exceptuándose —en el caso de concursado persona natural— los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial con el tope del triple del salario mínimo interprofesional y por el número de días de salarios pendientes de pago, así como por las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos —con el mismo límite— y las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional anteriores al concurso (artículo 91.1º LC).

El concepto de persona relacionada alcanza incluso al supuesto de que el acreedor sancionado con la subordinación sea una entidad financiera que, de una u otra forma, tenga relación con el concursado y haya participado en las decisiones tomadas por el concursado. En este caso es inaplicable el artículo 2 del Real Decreto-ley 5/2005 de 11 de marzo que traspone la directiva 202/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de junio de 2002 sobre acuerdos de garantía financiera cuyo sentido y finalidad no es otro que dotar de seguridad jurídica a los acuerdos de garantía financiera al no aplicar legislaciones sobre insolvencia que impidan la realización de dicha garantía financiera, según su artículo 2, apartado 1 letra c)³³⁶.

³³⁶ La STS de 10 de octubre de 2011 diferencia el ámbito de aplicación del apartado 2 del artículo 97 LC de la prevista en el Real Decreto-ley, en tanto en cuanto este representa una excepción de forma que las garantías del Real Decreto-ley 5/2005 no impide «que se valoren y operen las circunstancias que justifican la subordinación: eliminar de raíz la posibilidad abstracta de que se produzcan abusos derivados de la influencia y control que el titular del crédito garantizado pudo ejercer en la sociedad deudora».

Los acreedores relacionados con el deudor y titulares de un crédito por responsabilidad civil extracontractual de aquél, están también estigmatizadas con la subordinación, por mucho que el origen del crédito sea completamente independiente de la voluntad del acreedor. Creemos que no deberían ser subordinados, aunque somos conscientes de que se trata de una pretensión de *lege ferenda*³³⁷.

El fenómeno subordinatorio alcanza también al crédito garantizado con hipoteca en el caso de persona especialmente relacionada con el concursado, entendiéndose que cuando se subordina el crédito la garantía es inoperante por cuanto un crédito no puede figurar al mismo tiempo como privilegiado (por la garantía hipotecaria) y subordinado (por tratarse de persona especialmente relacionada)³³⁸.

2. El crédito subordinado y su naturaleza de sanción civil.

El crédito subordinado pertenece a una especial categoría de créditos en el concurso que se califican así por diversos motivos, ya sea por haberse comunicado fuera del plazo, por la especial relación con el deudor, por pacto contractual o por tener un carácter accesorio de la obligación principal. También se consideran subordinados aquellos créditos de naturaleza sancionadora como las multas y demás sanciones o los que deriven de actos perjudiciales para el concurso.

³³⁷ Así lo ha puesto de relieve GARRIDO GARCÍA, JOSÉ MARÍA, «Créditos subordinados, artículo 92», en *Comentario de la Ley concursal* (coord. Rojo-Beltrán), tomo I, Thomson Civitas, S.A., Madrid, 2004, pág.1666; FERRÉ FALCÓN, JUAN, «Los créditos subordinados de las personas especialmente relacionadas con el concursado», en *Anuario de derecho concursal*, nº 34, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2015, págs. 21-32; CUENA CASAS, MATILDE «Algunas deficiencias de la Ley concursal ante la insolvencia de la persona física», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 7, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, noviembre 2009, págs. 91-112.

³³⁸ Criterio seguido *ad pedem litterae* por la SJM nº 1 de Bilbao de 19 de diciembre de 2007.

Tales créditos han sido calificados por algún sector de la doctrina como «anti-privilegiados»³³⁹, es decir, radicalmente opuestos a aquellos que ostentan algún tipo de privilegio. También suele considerarse a los créditos subordinados como «excepciones de tipo negativo» por ser legalmente merecedores de postergación respecto de los créditos ordinarios³⁴⁰.

A nuestro entender la subordinación tiene la naturaleza jurídica de sanción civil en el sentido de que el fundamento de la postergación se dirige, de una u otra forma, a reparar el posible daño causado por el deudor o los acreedores que se encuentren en el supuesto subordinatorio. Su base legal es el cuerpo normativo civil en el cual existen ejemplos y similitudes *ex abundantia*, como, sin ir más lejos, la sanción de nulidad contractual (absoluta o relativa) cuando se omiten los requisitos para la existencia válida de un contrato. Su naturaleza sancionadora impide hacer una interpretación extensiva de los supuestos que se especifican en el artículo 92 LC, que constituye una lista cerrada en sí misma, aunque este artículo ha tenido diversas vicisitudes en las sucesivas reformas, como la adición expresa como crédito subordinado de los recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía³⁴¹.

3. Las causas de la subordinación en la Ley concursal.

3.1. Causas exógenas al crédito.

³³⁹ Véase este concepto de antiprivilegio en PULGAR EZQUERRA, JUANA «Algunas consideraciones en torno a la entrada en vigor de la nueva legislación concursal», *Diario La Ley*, nº 6094, Sección Doctrina, 27 de septiembre de 2004.

³⁴⁰ Definición de GONZÁLEZ PASTOR, CARMEN PALOMA, en «Aspectos fundamentales del proyecto de Ley concursal», *Diario La Ley*, nº 5803, Sección Doctrina, 16 de junio de 2003.

³⁴¹ Número 3.º del artículo 92 redactado por el número sesenta y tres del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Utilizamos el término exógeno para hacer referencia a algo que es originado en el exterior de una relación jurídica determinada, en contraposición a endógeno, que es lo que ocurre o se genera en el interior de aquella misma relación jurídica. Como causas exógenas al crédito debemos centrar nuestra atención, en primer lugar, en el artículo 92.1 LC según la redacción proporcionada por la Ley 38/2011 que establece la subordinación de los créditos que han sido comunicados de forma tardía por el acreedor.

3.1.1. La comunicación tardía del crédito.

El plazo concreto para la comunicación del crédito empieza a contar desde el día siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Estado del auto de declaración de concurso (artículo 21.1.5° LC). Se consideran de comunicación tardía aquellos créditos que o bien no se comunican o se incluyen por comunicaciones posteriores o se demoran debido a alguna resolución judicial dictada al resolver sobre impugnaciones de la lista de acreedores.

Los acreedores deben insinuar su crédito en el plazo de un mes —o de quince días en el concurso abreviado— a partir de la última publicación obligatoria del concurso, exigencia que también afecta a los acreedores laborales sin perjuicio de que estos créditos no se vean en realidad afectados por la falta de comunicación por la obligación que tiene la administración concursal de incluir los créditos que resulten de los libros y documentos del deudor o que consten en el concurso (artículo 86.2 LC), o con ocasión de la impugnación de la lista de acreedores a través de una demanda incidental diez días después de la publicación de la lista de acreedores (artículo 96.1 LC), aunque una vez expirado el plazo de impugnación se cierra la oportunidad de incluirlos en la lista precluyendo el derecho a este trámite (artículos 96.4, 97.1 y 98 LC).

En los casos citados, la causa es exógena al crédito en sí mismo debido al hecho objetivo de falta de comunicación, cuya actividad es enteramente atribuible al acreedor. El deber de comunicación de créditos previsto en el artículo 85 LC obedece a la necesidad de complementar la contabilidad y documenta-

ción que pueda obrar en poder de la administración concursal. Esta necesidad integradora no se limita tan sólo a identificar al acreedor sino —y muy fundamentalmente— a identificar el crédito. La comunicación del crédito tiene sentido como justificación o demostración y prueba del mismo, en especial cuando no existe soporte documental en el concurso (apartado 2 del artículo 85 LC)³⁴² y se persigue definirlo de manera clara y precisa (apartado 3 del artículo 85 de la LC).

Ahora bien, por causas exógenas al crédito no debe entenderse sin más que se produzca una postergación sancionadora automática. La falta de actividad del acreedor que no solicite su inclusión no tiene consecuencias negativas para aquél si el crédito se deduce de los documentos que obren en el concurso o en otro procedimiento judicial del que tenga conocimiento la administración concursal, la cual debe necesariamente incluirla en sus listados. No se olvide que el deudor ha de poner a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial pudiendo el juez tomar las medidas necesarias para ello (artículo 45.1 LC).

Respecto de la aportación tardía del crédito y su clasificación como subordinado, ni la Agencia Tributaria ni ninguna otra persona física o jurídica, pública o privada, se sustraen al mandato legal, por lo que si aquella comunica tardíamente su crédito pierde todos los privilegios y lo convierte en subordinado³⁴³. Debe diferenciarse el supuesto comentado de otro que se produce con alguna

³⁴² Número 2 del artículo 85 redactado por el número cincuenta y ocho del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

³⁴³ La SAP de Guadalajara de 22 de marzo de 2010, resuelve que un crédito de la AEAT reconocido extemporáneamente debe declararse subordinado, añadiendo además que «El hecho alegado por el Abogado del Estado sobre que dicho crédito debe constar en la documentación del deudor de manera necesaria al tratarse de un supuesto de retención por IRPF, no pasa de ser una afirmación gratuita porque una cosa es que deba estar y otra que lo esté, no habiéndose acreditado dicha circunstancia» En el mismo sentido SSAP de León, Sección 1ª, de 1 de septiembre de 2008, y de Alicante, Sección 8ª, de 18 de octubre de 2007.

frecuencia: se trata de la petición de inclusión del crédito después de la entrega del informe por la administración concursal. En este caso el crédito no puede ser incluido en la lista de acreedores; si se impugna por el acreedor la lista sin comunicación anterior, no es que se pierda el rango del crédito y se convierta en subordinado sino que es imposible su reconocimiento. Transcurrido el plazo de comunicación del crédito y habiéndose emitido el informe de la administración concursal, el crédito no existe y la impugnación de la lista, sin insinuación anterior, no sirve para nada, perdiendo el acreedor su derecho al cobro con cargo a la masa activa.

También es una causa exógena de subordinación la relación especial del acreedor con el deudor y la de resultar ser administradores de hecho o de derecho, y sin necesidad de que exista dolo o fraude en la conducta de estas personas, como se detalla en el artículo 93 LC; o los que se compruebe mediante presunción *iuris tantum* que han sido cesionarios o adjudicatarios de créditos dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

3.1.2. El incidente concursal como cauce adecuado para reconocer créditos tardíamente comunicados.

El incidente concursal es el trámite especial para incluir créditos no comunicados. Nótese que el artículo 92 LC se refiere a los créditos comunicados tardíamente o no incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, y que se pueden incorporar al decidir sobre su impugnación a través de aquél³⁴⁴. Ello no implica, no obstante, que el crédito del acreedor que se retrase en la comunicación vea extinguido el crédito, el cual mantiene siempre su eficacia.

Tanto es así que el contenido del convenio vincula al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos (artículo 134 LC). La vinculación subjetiva del acreedor no reconocido

³⁴⁴ SSTs 31 de enero de 2011 y 13 de mayo de 2011.

es total y aunque no figure en la lista podrá ver su crédito satisfecho a través del convenio³⁴⁵

3.1.3. El acreedor especialmente relacionado con el deudor.

La situación del acreedor respecto del concursado —más allá de la naturaleza de su crédito— merece una especial atención por la ley, como también las relaciones basadas en el parentesco u otras formas de convivencia. En cuanto a las personas jurídicas, el foco se centra en los socios responsables de las deudas sociales e incluso a las participaciones destacables de capital social. No puede faltar en este catálogo de personas relacionadas las que resulten ser administradores de hecho o de derecho sin necesidad de que exista dolo o fraude en la conducta de estas personas³⁴⁶.

El crédito que ostenta el acreedor especialmente relacionado con el deudor se clasificará, ineluctablemente, como crédito subordinado. Debemos distinguir entre el concursado persona natural y el concursado persona jurídica. Para la persona natural se consideran especialmente relacionados con el deudor a un amplio catálogo de personas: al cónyuge del concursado o quien lo hubiese sido durante los dos años anteriores al concurso o las personas que en el convivan, así como los ascendientes, descendientes y hermanos, tanto de él como del cónyuge y los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado (artículo 93.1º LC). También se incluyen las parejas de hecho cuya extensión puede justificarse por las prácticas simulatorias y de mala fe bastante habituales y que la ley trata de corregir en aras de determinar de

³⁴⁵ De esta opinión es VEIGA COPO, ABEL B., precisamente en atención a lo taxativo del artículo 134 LC, en «Los créditos subordinados en la Ley concursal», *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 102, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 2006, pág. 25: «Comunicación tardía no significa, ni puede hacerlo, pérdida ni extinción del derecho, salvo eso sí, prescripción o caducidad de la acción que lo haga efectivo».

³⁴⁶ Véase ALONSO LEDESMA, CARMEN, «Delimitación de la masa pasiva...», *op. cit.*, págs. 357-408.

forma efectiva el patrimonio conjunto de las personas involucradas. En cualquier caso la convivencia no es la simple residencia en un lugar determinado sino la convivencia considerada como presunción marital, extremo algo difícil de concretar porque el artículo 6 LC exige la declaración en la memoria de su estado civil, pero no el de convivencia marital, sin contar con la situación especial de las parejas de hecho o separados legalmente o *de facto*.

A pesar de lo extenso del ámbito subjetivo del precepto —y de su consideración de *numerus clausus*— no vemos que se consiga lo que se pretende evitar al dejar de lado a los hermanos de los ascendientes y los hijos de éstos, o sea, tíos y sobrinos, y que a menudo constatan auténticas confabulaciones entre familiares directos para ocultar el patrimonio a los acreedores.

3.1.4. Efectos de la subordinación de créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor.

El efecto principal del crédito de la persona especialmente relacionada es la sanción subordinatoria derivada de la sospecha de que se haya podido utilizar esta cercanía parental para defraudar a los acreedores. La ley opta, pues, ante esta sospecha, por la postergación del crédito (artículo 92.5 LC), exceptuando los créditos por salarios e indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedad o por extinción de los contratos. Los demás tendrán el carácter de subordinados en su totalidad, aunque el tema no queda zanjado del todo porque el origen del crédito puede ser muy diverso: puede dimanar de un contrato o de una indemnización por responsabilidad extracontractual o, incluso, de un título legal como pueda ser la obligación de alimentos. En este último caso los alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos son créditos contra la masa (artículo 84.2.4º), y por ello prededucibles del concurso al no formar parte de la masa activa, quedando apartados de la subordinación, aunque su ámbito subjetivo no sea el de todas las personas relacionadas sino solamente los beneficiarios de alimentos a que resulten obligados los cónyuges, los ascendientes y los descendientes, y limitado para los

hermanos a los auxilios necesarios para la vida y a los que precisen para su educación (artículo 143 CC)³⁴⁷. Los créditos por alimentos no pueden subordinarse y lo son con cargo a la masa si la sentencia que los reconozca es posterior a la declaración de concurso, mientras que será concursal si es anterior. Además, el juez del concurso no tiene competencias en materia de prestaciones alimenticias por tratarse de cuestiones de filiación, matrimonio o divorcio (artículo 8.1º LC); la única función del juez será la de determinar qué clase de crédito es el procedente³⁴⁸. El juez del concurso puede calibrar qué es lo procedente e imprescindible de la obligación alimentaria, declarando ordinario concursal la parte del crédito que considere que no lo es o incluso subordinándolo si hay base legal para ello.

Esta parece ser la única interpretación posible en este momento, aunque pensamos que es más justa la solución de que el juez intervenga en los alimentos que sean consecuencia de un pacto o convención, pero no los que se deriven de una sentencia judicial. En todo caso hay que excluir las pensiones compensatorias ya que no tienen la consideración de alimentos (artículo 97 CC), tratándose de una pensión temporal o indefinida o de una prestación única, pero no equiparable al concepto de alimentos. Consecuencia de ello es que la pensión compensatoria pasa a ser un crédito subordinado por ser persona especialmente vinculada con el deudor.

3.1.5. Subordinación del crédito en los contratos resueltos.

En el supuesto específico de la subordinación del crédito como consecuencia de la resolución de determinados contratos, la Ley concursal le dedica los artí-

³⁴⁷ En este sentido LAMO MERLINI, OLGA DE, *Consideraciones sobre la situación de las personas especialmente relacionadas con el concursado*, Universidad Complutense, Madrid, 2010, pág. 16, se considera su determinación al amparo de lo que el artículo 47.1 LC establece para el alimentista deudor cuando se trate de obligaciones de alimentos voluntarios, en cuanto no estén establecidas judicialmente. Esta es la opinión de la autora en base a la interpretación literal del artículo 84.2.4º LC.

³⁴⁸ Destaquemos, no obstante, que lo que no sea puramente objeto obligación por alimentos tendrá la consideración de crédito subordinado.

culos 71 a 73 sobre la acción rescisoria concursal, sin perjuicio de que puedan ejercitarse otras acciones de impugnación de los actos del deudor, concretamente la acción revocatoria y la acción subrogatoria.

La acción rescisoria concursal a ejercitar por la administración concursal permite revisar los actos del deudor en los dos años anteriores al concurso, siendo rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa sin necesidad de que exista intención fraudulenta³⁴⁹. De forma general el perjuicio debe ser acreditado, tal y como dispone el artículo 71.4 LC, sin perjuicio de las presunciones *iuris et de iure* sobre actos de disposición a título gratuito o cumplimiento de obligaciones de vencimiento posterior al concurso (excepto los contratos con garantía real); o las excepciones *iuris tantum*, como puedan ser los actos a título oneroso a favor de personas relacionadas con el deudor, administradores, liquidadores, apoderados generales y socios; o la constitución de garantías reales sobre obligaciones preexistentes o el establecimiento de nuevas garantías en sustitución de aquellas y las extinciones de obligaciones con garantía real de vencimiento posterior al concurso.

Este es cuadro general de los actos rescisorios (que configurará su calificación como subordinados en ciertas circunstancias), estando legitimada la administración concursal o cualquier acreedor para su ejercicio³⁵⁰, pudiéndose efectuar dentro de los dos meses después de ser requerida la administración concursal si

³⁴⁹ VALLE CORREDOR, LUIS DE, «Introducción al sistema de reintegración concursal en el sistema financiero español», *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 102, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 2006, pág. 71 opina al respecto que «La circunstancia desencadenante de la reintegración es la existencia de un perjuicio patrimonial para la masa del concurso y no el fraude al resto de acreedores —*consilium fraudis*—. Se pasa de la retroacción a la rescindibilidad, y del fraude al perjuicio».

³⁵⁰ Aquí debe tenerse en cuenta la imposibilidad de rescisión de los acuerdos de refinanciación que establece el artículo 71 bis LC, redactado por el apartado catorce del artículo único de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, y que establece que no serán rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor y las garantías constituidas cuando amplíen significativamente el crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones si responden a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad.

esta no lo hiciere. La acción rescisoria concursal del artículo 71 LC requiere la existencia de un negocio jurídico válido y un «elemento objetivo del daño causado» para la masa activa del concurso. A diferencia de las acciones rescisorias civiles, que son subsidiarias, la rescisoria concursal no lo es y no exige intención fraudulenta³⁵¹.

3.1.6. La existencia de la mala fe en la rescisión de los actos del concursado y la subordinación del crédito.

El principal efecto de la rescisión es la ineficacia sobrevinida de un contrato que inicialmente era válido y la condena a la restitución de las prestaciones, con frutos e intereses (artículo 73.1 LC), y si ello no es posible (por pertenecer *verbi gratia* a un tercero) se condena a pagar el valor de la cosa, y si existiese mala fe, se condena a la indemnización de daños y perjuicios y, lo que es relevante concursalmente, se calificará el crédito derivado del contrato como subordinado.

Sobre la valoración de la mala fe debe tenerse presente que el fundamento de la acción rescisoria es claramente objetivo, por lo que la existencia de mala fe es un plus que agrava la condena genérica de restitución de las prestaciones del contrato rescindido. Para su apreciación habrá que estar a su definición jurisprudencial, es decir, al «ánimo fraudulento» del agente causante, o a la intención manifiesta de perjudicar los derechos de los acreedores³⁵². La mala fe de

³⁵¹ Las acciones no propiamente concursales que pueden ejercitarse, tendentes a asegurar el patrimonio del concursado, son la subrogatoria y la revocatoria o pauliana del artículo 1111 CC. La acción subrogatoria es propiamente una legitimación subsidiaria de que gozan los acreedores que han agotado las vías de ejecución de los bienes del deudor; se fundamenta en la insolvencia de este y permite la rescisión de los actos fraudulentos realizados por el concursado, y engloba la acción revocatoria o de nulidad del contrato (artículo 1291.3º CC) y la de nulidad contractual del artículo 1261 CC, con la condición de que exista un daño concreto al acreedor, más allá de su intención bastando la «mera conciencia» de la producción del daño (véase la STS de 7 de noviembre de 2002).

³⁵² MUÑOZ DE BENAVIDES, CARMEN, «Las acciones de reintegración concursales», *Diario La Ley*, nº 6967, Sección Tribuna, 13 de Junio de 2008, apunta en este sentido que el ánimo fraudulento es un «conocimiento directo por los intervinientes en el acto

que habla el artículo 73 LC no es requisito esencial de la acción rescisoria por ser esta de carácter objetivo, si bien su presencia incrementa cualitativamente las consecuencias de la rescisión mas allá de la restitución y reintegración de las prestaciones, haciéndolas más gravosas y su tratamiento presenta notables analogías con el derecho civil común³⁵³.

En el cuerpo normativo civil la mala fe se entiende en su vertiente negativa, es decir, como ausencia de la buena fe contractual que se evidencia mediante actos o conductas determinadas. La mala fe tiene un doble perfil, subjetivo y objetivo, sin que se admita sin más que la mala fe es una intención subjetiva de dañar, sino la expresa conciencia, la representación mental de que el acto constituye un perjuicio para los restantes acreedores, cuyos derechos lesionados constituyen el aspecto objetivo de la mala fe porque se sabe perfectamente que la actuación en contra de estos es rechazable por sí misma³⁵⁴.

Si concurre mala fe en la rescisión del crédito, el efecto subordinatorio es especialmente grave porque la ley lo posterga al último grado preferencial en su género, siendo el último en cobrar³⁵⁵. Ahora bien, siendo esto así, existen algu-

de obrar en fraude de derechos ajenos legítimamente tutelados [y que es suficiente] la previsión de disminuir la posibilidad de cumplimiento de la propia obligación», con cita de las SSTs de 20 de octubre de 2005, 14 de noviembre de 2005 y 1 de marzo de 2006.

³⁵³ PALAO UCEDA, JUAN, «Las acciones de rescisión en el concurso de acreedores», *Diario La Ley*, nº 7820, Sección Tribuna, 16 de marzo de 2012, expresa esta idea cuando razona que «la Ley concursal ha adaptado la lógica del Derecho Civil. Toda rescisión en el Derecho Común supone una restitución de las prestaciones [...] Sin embargo, en estado concursal, la restitución del concursado tiene sus matices».

³⁵⁴ Sobre el perjuicio patrimonial en la rescisión de los actos del concursado puede verse PÉREZ BENÍTEZ, JACINTO, «Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades», *Revista de derecho concursal y paraconcursal, Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 19, Editorial Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2013, pág. 156; también MARTÍNEZ REYES, MARÍA DE LOS ÁNGELES, «El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal», *Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 12, Editorial Wolters Kluwer, S.A. Madrid, 2012, pág. 172.

³⁵⁵ Ver BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO MIGUEL Y ROJO FERNÁNDEZ-RIO, ÁNGEL JOSÉ, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 1331.

nas corrientes jurisprudenciales que matizan la mala fe en tanto conducta voluntaria con ánimo de defraudar (*animus nocendi*), en el sentido de que además del conocimiento de la situación financiera del concursado y de su repercusión en la masa activa, debe producirse o evidenciarse una intención específica de perjudicar. Se considera —según esta línea de jurisprudencia— que al tratarse de un desvalor³⁵⁶ que origina consecuencias más graves se necesita probar la voluntad de perjudicar. Otra línea jurisprudencial incide en una interpretación más extensa o amplia exigiendo, además del conocimiento de las dificultades del deudor, una consciencia de que su acto posiblemente pueda resultar perjudicial sin tener en cuenta la voluntad de defraudar³⁵⁷. La interpretación extensiva, a pesar de todo, debe hacerse con sumo cuidado por las consecuencias económicas que pueden derivarse de ello³⁵⁸.

3.1.7. La rescisión de garantías reales y la subordinación del crédito.

Respecto de la rescisión concursal de algunas garantías reales de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de las anteriores (artículo 71 3.2º LC), su trascendencia estriba en que la pérdida de las garantías comporta que las entidades financieras deban soportar una dotación de provisio-

³⁵⁶ Entendido el desvalor como reproche o calificación social reprobable de la conducta y con relevancia jurídica, tal y como expresa CASAS HERVILLA, JORDI en *El desvalor material de la acción: una revisión del injusto a la luz de la concepción significativa de la acción*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2015, pág. 235.

³⁵⁷ Esta interpretación es seguida, por ejemplo, en las sentencias del JM nº 2 de Bilbao de 13 de octubre de 2006 y el JM nº 1 de Málaga de 12 de octubre de 2007.

³⁵⁸ Opinión coincidente con MONTERO, FÉLIX J. y BEDOYA, FERNANDO, en «Rescisión concursal y mala fe: riesgos jurisprudenciales», *Diario La Ley*, nº 8109, Sección Tribuna, 20 de Junio de 2013: «[...] si aceptamos que contratar con una empresa con conocimiento de sus problemas financieros puede ser merecedor de la sanción prevista para las operaciones que en el marco de un procedimiento concursal sean rescindidas apreciando mala fe (y ello incluso sin que exista voluntad del acreedor de perjudicar a nadie); ante el riesgo de que se declare una situación concursal en los dos años subsiguientes a una operación dada, cualquier operador mercantil que no tenga una absoluta certeza de que su contraparte es solvente, no querrá contratar con ésta para realizar operaciones que se salgan del A, B, C de la compañía, esto es: actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor, celebrados en condiciones normales».

nes³⁵⁹, y una vez declarada la ineficacia del acto deban restituirse las prestaciones simultáneamente. En este caso, la buena o mala fe solo opera para la subordinación del crédito, debiendo entenderse que la restitución no será simultánea ya que el pago se efectuará con las premisas del crédito subordinado (artículo 92.6° LC).

La subordinación derivada de la rescisión contractual no constituye subordinación subjetiva (en relación al sujeto que contrata) sino una subordinación en atención al propio contrato en el que la mala fe no puede presumirse ni apreciarse de oficio; al contrario, debe probarse eficazmente por la administración concursal. La mala fe agrava las consecuencias de la rescisión al implicar la restitución de las prestaciones objeto del acto impugnado y la calificación del derecho de crédito como crédito concursal subordinado (artículo 73.2.3° LC)³⁶⁰.

Para investigar más a fondo esta cuestión debemos considerar si la rescisión afecta al negocio en sí mismo (es decir, el que origina la constitución de garantías: préstamo con garantía hipotecaria, por ejemplo), o si la rescisión afecta solamente a la garantía subsistiendo el préstamo. El artículo 71.3.2° LC inicialmente afecta solo a la constitución de garantías y no al préstamo primitivo,

³⁵⁹ Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros. En concreto la norma vigésima novena sobre el deterioro de valor de los activos financieros y su evidencia objetiva cuando el emisor o el obligado al pago de los instrumentos de deuda ha sido declarado, o es probable que sea declarado, en concurso, o tiene dificultades financieras significativas.

³⁶⁰ Sobre la falta de presunción de la mala fe véase la SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 23 de diciembre de 2011, cuando expresa [...] Pero la mala fe no se presume nunca sino la buena fe, por lo que habrá de demostrarse. Aunque un acuerdo o convenio defraudatorio normalmente trate de ocultarse quedando en el fuero interno de los intervinientes en el negocio, y por ello deba en la mayoría de las ocasiones de desvelarse mediante pruebas indirectas o de indicios, en todo caso el hecho ha de quedar cumplidamente demostrado, correspondiendo la carga de tal prueba a la parte demandante que pretende extraer consecuencias favorables del mismo [la mala fe] se debe construir, partiendo de la objetividad con que se construye y fundamenta el sistema rescisorio concursal a partir del artículo 1298 Código Civil y, por tanto, adicionando un particular dolo a la conducta negocial del tercero con ocasión del acto declarado ineficaz, ello en el sentido de entender que hay mala fe solo cuando la intervención en el negocio rescindido se ha producido conociendo que se está participando en un acto destinado a causar perjuicio a los acreedores».

de forma que el negocio causal subyacente permanece incólume. Otro supuesto diferente es si el préstamo se concierta sin la garantía y, posteriormente, se constituye ésta sin unidad de acto o de propósito; en este caso la rescisión de la garantía es independiente de la posible rescisión del préstamo, pero en caso de rescindibilidad de la garantía del préstamo con unidad causal este no se rescinde al margen de la suerte que pueda correr la garantía dado su carácter accesorio y siempre que la presunción de perjuicio recaiga exclusivamente sobre la constitución de dicha garantía real³⁶¹.

Obviamente si no se produce la rescisión del préstamo sino solo la de la garantía no hay «prestación recíproca» que devolver, tratándose sólo de una «restitución»: desaparece la garantía real y permanece el crédito (que no es contra la masa) porque al constituirse el derecho real de garantía no hay propiamente obligaciones recíprocas, y al devolver a las partes contratantes a su situación anterior el rango del acreedor es de ordinario sin privilegio alguno.

Existe, sin embargo, una doctrina jurisprudencial contradictoria —ciertamente minoritaria— que también rescinde el contrato de garantía además del contrato de crédito del cual deriva aquélla. Estimamos que ello no se compece con los artículos 73.3.2º y 92.6º LC, este relativo a los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado. Como muestra de dicha doctrina minoritaria puede citarse la del Juzgado Mercantil nº 1 de Madrid de 21 de mayo de 2007 que decreta la rescisión de la escritura de concesión de un préstamo con garantía prendaria e hipotecaria efectuada dentro del período de dos años y por existencia de perjuicio a la masa, interpretando el artículo

³⁶¹ Esta es la opinión de PULGAR EZQUERRA, JUANA, «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», *Diario La Ley*, nº 7097, Sección Doctrina, 21 de enero de 2009: «Diferente, sin embargo, ha de ser el planteamiento cuando el negocio subyacente y la garantía no constituyen un negocio unitario con causa única, sino que primero se alcanza el negocio y se produce en virtud de ello un ingreso en el activo patrimonial sin necesidad de cobertura de la garantía real (p. ej., un préstamo) y con posterioridad se constituye sobre este una garantía real, en cuyo caso no hay unidad negocial y se podría proceder a la rescisión disgregada de la garantía y el negocio subyacente».

71.3.2° LC bajo el prisma de que se trata de nuevas garantías en favor de obligaciones preexistentes: la sentencia declara, inexorablemente, la subordinación del crédito y la anulación de la garantía³⁶².

3.1.8. Subordinación del crédito según lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de Regulación del mercado hipotecario.

Este artículo fue modificado por el número 2 del artículo 12 de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Regulación del mercado hipotecario, vigente a partir del 9 de diciembre de 2007. En virtud de lo dispuesto en este precepto las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley, es decir, las entidades financieras, solo podrán ver rescindidos sus créditos hipotecarios que consten inscritos en el Registro al amparo del artículo 71 LC; a tal efecto, la administración concursal deberá demostrar la existencia de fraude en la constitución de la hipoteca.

La modificación tampoco es tan sustancial como parece por cuanto en la vigencia anterior del artículo 10 (en concreto desde el 1 de enero del 1996 hasta el 8 de diciembre de 2007) ya se contenía una referencia a la impugnación de la hipoteca en general y tenía por objeto remediar, en la medida de lo posible, la rigurosidad del derogado y vetusto artículo 878 CCom, aunque se requería en la legislación anterior la existencia de fraude en la constitución del gravamen, que, en definitiva, es lo que mantiene la nueva disposición legal dejando siempre a salvo los hechos del tercero de buena fe.

³⁶² En el FJ 3°.2 se dice que al constituirse la garantía hipotecaria por el acreedor este persiguió asegurarse únicamente el cobro del préstamo y que «[...] si bien ésta es una finalidad calificable inicialmente de legítima, no puede ocultarse que pierde legitimidad cuando se realiza ante un escenario de más que probable insolvencia del deudor, a sabiendas de que el aseguramiento en el cobro de una cantidad irá en detrimento del cobro de otros créditos cuyos titulares carecen de la capacidad de exigir la constitución de garantías. Y no es otra cosa la que ocurre como consecuencia de la constitución de las garantías prendaria e hipotecaria puestas en entredicho».

De hecho la jurisprudencia que aplicaba la anterior legislación venía remarcando, para los supuestos impugnación o rescisión, que la aplicación de esta norma tenía un carácter de excepcional y exigía que los préstamos hipotecarios y sus garantías debían concretarse en aquellas operaciones de préstamo a las que se refiere el artículo 4º de la Ley 2/1981 de 25 de marzo de Regulación del préstamo hipotecario, es decir, los préstamos cuyo objeto fuere el financiar con garantía de hipoteca inmobiliaria la construcción, rehabilitación, adquisición de viviendas o también las obras de urbanización, equipamiento social y construcción de edificios agrarios, industriales, turísticos y comerciales.

La tesis mantenida por los tribunales de forma mayoritaria afirmaba que era de vital importancia la finalidad de tales operaciones para declarar la rescisión de la operación. De hecho lo que pretendió la Ley 47/2007 de 19 de diciembre —por la que se modificaba la Ley 24/1981 de 28 de julio del mercado de valores— era ampliar los supuestos en los que se impedía la retroacción amparada por el artículo 878 del antiguo CCom, tesis protectora que han seguido también las distintas modificaciones operadas por el artículo 1 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero; o la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establecen determinadas normas tributarias.

No es inusual que en alguna de estas hipotecas se pretenda a veces sustituir créditos ordinarios por privilegiados y, de esta forma, alterar la *par conditio creditorum*, con lo que es evidente que debe apreciarse directamente la mala fe en su constitución, siendo automática la declaración de existencia de fraude³⁶³,

³⁶³ Esta es la doctrina de la STS de 8 de diciembre de 2012, que señala: «[...] no consta que la hipoteca garantice un "crédito elegible". Además, la sentencia recurrida declaró que "el apoderado de Banesto reconoció tener conocimiento de esas dificultades financieras, no resultando entendible un incremento del riesgo si no fuese por la intención de sustituir aquellos créditos ordinarios por otros privilegiados alterando con ello

y como consecuencia de ello la degradación del crédito a subordinado y, por supuesto, la anulación de la garantía hipotecaria. La valoración de la mala fe requiere, además del aspecto subjetivo, su complementario requisito objetivo de valoración de la conducta del acreedor que de forma notoria sea comúnmente merecedora de una repulsa ética³⁶⁴.

3.2. Excepciones a los efectos subordinatorios derivados de la rescisión concursal.

Una excepción importante a los efectos subordinatorios derivados de la rescisión concursal lo constituyen las acciones rescisorias respecto de aquellos activos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (Sareb), en concreto por lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 9/2012 de 14 de noviembre de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Este precepto instituye un auténtico «blindaje impenetrable» respecto de aquellos activos, en el sentido de que su transmisión está sometida a una condición de carácter especial (notorio caso de «ley singular») puesto que no podrá ser, en ningún caso, objeto de rescisión el contrato que afecte a tales activos en aplicación de las acciones de reintegración previstas en la Ley concursal.

La Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, por otro lado, también goza de un derecho singular o régimen de excepción a la regla general de la subordinación. Esta excepción se puede observar en

la *par conditio creditorum*. Por tanto, no tiene la Sala elementos para alterar el criterio de la sentencia en el sentido de que concurre mala fe y por tanto es aplicable la devaluación del crédito».

³⁶⁴ SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 4 de noviembre de 2015 donde se declara expresamente la mala fe de la entidad bancaria con los siguientes argumentos: «[...] supone base fáctica suficiente para apreciar la "mala fe" la actuación de la entidad bancaria "a sabiendas de la delicadísima situación financiera de la entidad concursada", "conociendo sobradamente al contratar la insolvencia de los concursados", "si bien es cierto que para declarar la mala fe ex art. 73.3 LC no se estima suficiente el mero conocimiento de una situación de insolvencia, sin embargo, en el caso, dadas las demás circunstancias concurrentes en la operación cabe considerar justificada la apreciación de dicha mala fe».

artículo 36.4 h) de la Ley 9/2012, redactado de acuerdo con la disposición final tercera del Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero. Dicho precepto establece que los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria no podrán ser calificados como subordinados ni aún en el caso de que ésta sea accionista de la sociedad deudora, excepto si el crédito hubiese sido ya calificado como subordinado en el momento de su adquisición, o, en el caso de ser un tercero quien adquiriera el crédito a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, concurriese ya en el adquirente alguna de las causas de subordinación previstas en el artículo 92.5 LC, en relación con el artículo 93 del propio texto legal.

No obstante la claridad del mandato, nos interrogamos sobre si esta excepción a la subordinación lo es respecto a todos los créditos o a todas las circunstancias y causas de subordinación que establece el artículo 92 LC, en el que se contemplan causas subordinatorias tanto de origen legal como de origen contractual. Si la aplicación es generalizada y sin distinciones serían igualmente no subordinables los créditos por recargos e intereses, incluso moratorios, o por multas o sanciones pecuniarias ínsitos en el total crédito a favor de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria y que le haya sido cedido en estas condiciones. La ley no nos permite distinguir este supuesto aunque, a nuestro criterio, un crédito ostentado por la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria que tuviese estas características y dado el «espíritu de la ley» que se evidencia en la sección 3ª del capítulo III del título IV de la Ley concursal (artículos 89 a 93) los créditos deberían subordinarse en la parte que corresponda a intereses, multas o sanciones que se puedan contener en el total crédito cedido a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria.

De igual contenido protector es la Ley 9/2012 de 14 de noviembre de Reestructuración de resolución de entidades de créditos, cuyo objeto se detalla en su artículo 1 y expresa sin ambages la finalidad de proteger la estabilidad del sis-

tema financiero minimizando el uso de recursos públicos que, en cierta manera, ya viene preconizado en el apartado I del Preámbulo de la ley al remarcar la excepcionalidad y transitoriedad de la propia disposición legal.

A pesar de que en la normativa mencionada se concede un notable privilegio a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria respecto a las demás entidades privadas, no nos debemos olvidar del artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996 de 7 de junio sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento a la liberalización de la actividad económica³⁶⁵, cuando regula los préstamos participativos, es decir, aquellos en los que se recibe un interés variable determinable en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria, y su calificación como fondos propios de la sociedad en caso de insolvencia y en contraste con los demás acreedores comunes. El artículo 20 del citado Real Decreto-ley no afecta al contrato de préstamo como tal sino que el precepto está diseñado para ordenar la prelación del crédito sin que se altere la naturaleza jurídica del contrato de préstamo, ni siquiera en los préstamos participativos —que son en puridad fondos propios—, y nada impide que la obligación contractual sea la pactada, es decir, la devolución del préstamo y el pago de intereses³⁶⁶. En el caso de que la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria sea cesionaria de un crédito participativo de refinanciación, calificado así antes de la declaración del concurso, lo que adquiere es un crédito postergado y subordinado, y no se puede alterar dicha naturaleza por la posterior adquisición del crédito por la Socie-

³⁶⁵ Modificado el número uno del artículo 20 por la disposición adicional tercera de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

³⁶⁶ En concordancia con la doctrina mantenida por la STS, de 13 de julio de 2011, que ha señalado que en el préstamo participativo se mantiene el principio de responsabilidad patrimonial universal que proclama el artículo 1911 CC, «por lo que deberá devolver el capital prestado y los intereses pactados, en virtud de la naturaleza de préstamo (artículos 1740 y ss. CC y 311 y ss. CCom)».

dad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria más allá de los intereses públicos que puedan resultar afectados³⁶⁷.

Nos surge una duda en cuanto a la excepción de subordinación de los créditos adquiridos por la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria relativa a aquellos créditos que, en su origen contractual, contengan el pacto de subordinación al que se refiere el artículo 92.2º LC. Nos preguntamos si debería mantenerse esta subordinación o no por aplicación del principio de relatividad de los contratos del artículo 1257 CC. Nuestro parecer es que debe mantenerse esta subordinación contractual a pesar de que algunas tesis autorizadas preconizan, en sede concursal, la superación de la relatividad contractual³⁶⁸. Siendo cierto que la regla general es la de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, constituye una excepción a la relatividad de los contratos la transmisión de los derechos contractuales adquiridos, entre los que puede figurar el pacto subordinatorio, de acuerdo con el principio general de que todos los derechos adquiridos en virtud

³⁶⁷ Todo ello en concordancia con la reforma operada en el artículo 36 de la Ley 9/2012: La letra h) del número 4 del artículo 36 ha sido modificada por el apartado uno de la disposición final cuarta del Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras y por el que, entre otras cuestiones no menos importantes, puede recibir activos sin consentimiento de terceros ni cumplir con la restricción estatutaria a la transmisión de participaciones. Asimismo, los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria no serán calificados como subordinados, salvo que lo hubiesen sido antes de la transmisión.

³⁶⁸ PULGAR EZQUERRA, JUANA, en «Sareb y paraconcursalidad normativa», *Diario La Ley*, nº 8200, Sección Doctrina, 27 de Noviembre de 2013, parece sostener la superación de la relatividad contractual de forma que los efectos de los contratos dejen de producirse en virtud de la mera transmisión a un tercero de los derechos contractuales, todo ello en aras del interés general que prevalece en el ámbito concursal. Dice la autora que: «Esta alteración del marco general de obligaciones y contratos, de otro lado, parece en algún modo consustancial al contexto de crisis económica del deudor común, en el que en ocasiones en la búsqueda de soluciones contractuales de carácter preconcursal o concursal dicho marco también resulta alterado. Pensemos, en sede preconcursal, en la superación *ex lege* que a través de la disp. adic. 4.ª LC se ha producido en relación a acuerdos de refinanciación judicialmente homologados, de un principio básico de nuestro derecho contractual, como es el principio de relatividad de los contratos *ex art. 1257 CC*, que ha quedado superado y alterado en este ámbito desde el momento en que los efectos de la espera pactada en el acuerdo pueden extenderse a las entidades financieras acreedoras, disidentes o no participantes».

de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario (artículo 1112 CC), aunque deba establecerse expresamente para que surta efectos jurídicos (artículo 1209 CC, inciso segundo).

3.3. Excepción a la subordinación de los créditos públicos.

El Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, instaura una serie de modificaciones en materia tributaria, financiera y concursal, en concreto en lo que se refiere a la calificación como contingentes de los créditos públicos derivados de procedimientos de comprobación e inspección. Se requiere que tales créditos sean cuantificados de forma expresa, en cuyo momento se les otorgará la calificación que corresponda, aspecto que también alcanza a las defraudaciones a la Hacienda Pública y a la Tesorería de la Seguridad Social, cuyos créditos permanecerán como contingentes desde el inicio de la acción penal hasta la sentencia judicial firme.

También la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal, alteró el artículo 97 LC³⁶⁹ en el sentido de que la lista definitiva de acreedores podrá modificarse después de presentado el informe en el plazo señalado en el artículo 74 LC, si se inicia un procedimiento de comprobación e inspección del que puedan resultar créditos de derecho público o se inicie un procedimiento penal o laboral en el que se puedan originar los mismos efectos.

Respecto de la comunicación de créditos públicos debe tenerse en cuenta que el artículo 85 LC no ha sufrido ninguna modificación en este aspecto. Cuando el crédito público no estuviese delimitado o documentado o derivase de un procedimiento de comprobación o inspección, tanto el crédito como la posible canti-

³⁶⁹ Los apartados 3 y 4 de este artículo, así como la modificación de la rúbrica del artículo 97 LC y su apartado 1, fueron introducidos por el número sesenta y nueve del artículo único de la Ley 38/2011 de 10 de octubre de Reforma de la Ley concursal.

dad defraudada se calificarán como contingentes hasta su definitiva cuantificación. Si antes de la presentación de los textos definitivos se hubiera cumplido la contingencia (artículo 87, 8º LC), la administración concursal procederá, de oficio o a solicitud del interesado, a incluir las modificaciones que procedan.

La reforma de la Ley 38/2011 solamente se preocupa de añadir en el párrafo 2º del artículo 85 LC la forma de la comunicación sin ninguna mención a la subordinación del crédito. Su verdadero sentido ya se dejó claro en el Real Decreto 3/2009³⁷⁰, porque en la redacción anterior no se contemplaba ninguna precisión sobre los procedimientos de comprobación e inspección de valores y su calificación, que ahora pasa a ser contingente hasta la sentencia penal correspondiente. Por este motivo entendemos que la Administración pública no queda exonerada de comunicar su crédito³⁷¹.

Hay matizaciones obviamente: creemos que existe una verdadera excepción para la Administración pública a la que no le afecta en este supuesto la subordinación puesto que su crédito está pendiente de determinación y comproba-

³⁷⁰ La única modificación efectuada hasta ahora en el número 2 del artículo 85 lo ha sido por el número cincuenta y ocho del artículo único de la Ley 38/2011 de 10 de octubre de Reforma de la Ley concursal, pero no respecto de la subordinación por comunicación tardía que viene regulada en el artículo 87.2, este redactado por el número 1 del artículo nueve del Real Decreto-ley 3/2009 de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

³⁷¹ AGUILAR RUBIO, MARINA, *Crédito tributario y concurso de acreedores*, Editorial Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2009, pág. 313, que textualmente opina: «[...] entendemos que el acreedor habrá de comunicar su crédito en tiempo y forma, estando eximido, eso sí, de precisar su cuantía. En nuestra opinión aquí no podrá la Administración pública eludir la consecuencia de la no comunicación que consiste en la desaparición de las posibilidades de concurrir al procedimiento concursal, una vez que sea definitiva la lista de acreedores, de aquellos que no verificaron en tiempo y forma el acto procesal de la comunicación de créditos ni, en su caso, impugnaron la lista. Y ello porque esta previsión, contenida en el art. 86.2 de la LC exige que, para que se produzca la inclusión automática de un crédito en la lista de acreedores, este conste en certificación administrativa y, en la medida en que esta no exista, no podrá llevarse a cabo el reconocimiento automático. De admitirse una interpretación contraria, los créditos que tengan su origen en procedimientos de comprobación e inspección gozarían de un régimen menos riguroso que, por ejemplo, los créditos tributarios con liquidación ya efectuada y, además, devendría imposible para la administración concursal elaborar la lista de acreedores».

ción. Según el artículo 92.1 LC no se aplica la sanción subordinatoria a las administraciones públicas por comunicación tardía de su crédito, debiendo interpretarse los términos «inspección» y «comprobación» como revisión o análisis de alguna cosa con el fin de confirmar o corroborar su veracidad, existencia o exactitud³⁷².

3.4. Supuestos de subordinación del crédito afianzado por personas relacionadas con el concursado.

Conviene ahora estudiar los efectos de aquellos créditos del deudor que gocen de una garantía o fianza de un tercero y su tratamiento concursal, en el supuesto de que la persona que preste la fianza esté relacionada con el concurso. En principio no existe una automaticidad en la subordinación en este supuesto. Según el artículo 87.6 LC³⁷³ estos créditos deberán reconocerse por su total importe, sin perjuicio de que se produzca la sustitución del titular del crédito en el caso de subrogación por pago y en el sentido de que no concurrirá ninguna restricción a este reconocimiento ni en su cuantía ni en su calidad.

Si el tercero fiador está especialmente relacionado con el concursado la calificación de su crédito se producirá en el momento que se efectúe la subrogación por pago, debiéndose calificar entonces como subordinado por ser ésta la calificación menos gravosa para el concurso. Si la deuda es afianzada por socios

³⁷² SAP de Álava, sección 1ª, de 12 de diciembre de 2014: «La comunicación no es tardía, porque aflora tras la labor de comprobación de la TGSS que se afronta tras la declaración de concurso, y que tiene cabida en la previsión del art. 92.1º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal [...] Y en base a lo expuesto [...] se presenta necesaria la inclusión conforme a lo que dispone el artículo 86.2 de la Ley concursal, al estar en presencia de una certificación administrativa, sin perjuicio, conforme a dicho mismo precepto, que la administración concursal pueda impugnar a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica, los actos administrativos».

³⁷³ Que fue modificado por Real Decreto Ley 3/2009 aclarándose la necesaria condición de que se produzca la subrogación en el pago para la sustitución subjetiva del titular del crédito en la lista de acreedores y ampliando también el supuesto subjetivo de la gravosidad del concurso para su clasificación tanto las condiciones del acreedor como del fiador.

—que es el caso más común— o incluso por el propio administrador de la entidad concursada, el crédito deviene subordinado por darse las circunstancias del artículo 93.1 en relación con el 92.5° LC.

Como norma general el crédito del fiador tiene el carácter de contingente hasta que no se produzca la subrogación, debiendo comunicar su crédito como tal a tenor de lo dispuesto artículo 87.6 LC con la calificación que le corresponda, y la particularidad de que los titulares del crédito contingente no pueden ejercer el derecho de voto y de cobro hasta que no sean reconocidos en sentencia firme. Aquí observamos un evidente un conflicto de intereses entre el acreedor principal y el fiador en tanto en cuanto le otorga un derecho mejor al acreedor principal. Una vez producida la subrogación por el pago por parte del fiador surge el problema de la calificación del crédito que deberá ser la menos gravosa para el concurso entre las que corresponden tanto al acreedor principal como al fiador «comparando la del acreedor inicial con la del sobrevenido»³⁷⁴. Si entendemos como menos gravosa la de crédito subordinado, teniendo este un carácter sancionador debe atenderse a una interpretación restrictiva del precepto.

Este mandato tuvo una interminable serie de discusiones doctrinales, habiéndose eliminado en la reforma mediante el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo (artículo 9.1 y 9.2) por el que se modifican los apartados 2 y 6 del artículo 87 LC la expresión «en todo caso», por lo que queda claro que el crédito sólo se puede incluir por subrogación en el pago, interpretación que es mucho más acorde con el espíritu de la norma y en cuya reforma se tuvo en cuenta las resoluciones de diversas audiencias y juzgados que en la práctica cotidiana admitieron otra interpretación distinta del texto legal entonces vigente³⁷⁵.

³⁷⁴ Textualmente en la SJM nº 1 de Bilbao, de 4 de enero de 2017: « cuando se produce una sustitución por pago por aval, la aplicación de las reglas del 97.4.3 nos remite al 87.6, debiendo optarse siempre por la calificación menos gravosa para el concurso, comparando la del acreedor inicial con la del sobrevenido».

³⁷⁵ Véase en este sentido entre otras la de Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de junio de 2006 o la de la Audiencia Provincial de Palencia de 2 de octubre de 2007.

3.4.1. Tesis literalista en la interpretación del artículo 87.6 LC.

La corriente o tesis literalista sostenía que en la calificación de los créditos en los que el concursado disfrute de la fianza de un tercero debería optarse siempre por la calificación menos gravosa para el concurso, mientras que la tesis denominada correctora entendía que en estos créditos, para ser calificados de forma menos gravosa para el concurso, debería haberse producido la sustitución.

La interpretación literalista condenaba a la subordinación. Sin embargo la jurisprudencia entendía que el término «en todo caso» no podía aceptarse sin más y se eliminaban del alcance de la norma del artículo 87.6 LC aquellos créditos en los cuales el fiador no había pagado, y entendiéndose el término «en todo caso» cuando el fiador había satisfecho total o parcialmente la deuda³⁷⁶. La interpretación jurisprudencial se basaba, fundamentalmente, en un criterio sistemático en el sentido de que la «extensión» al fiador del carácter de persona relacionada —y por lo tanto merecedor de la subordinación crediticia— no se incluye en la sección 3ª del capítulo III del título IV relativa a la calificación de los créditos, donde se trata de las clases de crédito y sus privilegios así como de los créditos subordinados y personas relacionadas con el concursado. El artículo 93.3. LC contiene una presunción *iuris tantum* de personas especialmente relacionadas con el concursado respecto a cesionarios o adjudicatarios de créditos siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Pero no incluye al acreedor principal que disfruta de fianza, por lo que es válido admitir la no subordinación automática por hallarse el artículo 87.6 ubicado en la sección 2ª del capítulo III del título IV sobre «comunicación y reconocimiento de créditos», y no en la sección 3ª «de la clasificación de los créditos», con lo que cabía y cabe concluir que no era intención de la Ley incluir los créditos afianzados por personas

³⁷⁶ En contra de esta corriente doctrinal véase PERDICES HUETOS, ANTONIO, en *Fianza y concurso...*, *op. cit.*, pág. 103.

relacionadas con el concursado en el ámbito subordinatorio automático al no estar presentes en los artículos 92 y 93 LC.

3.4.2. Tesis finalista en la interpretación del artículo 87.6 LC.

En contra de esta opinión sobre la validez interpretativa por su ubicación sistemática en secciones distintas de la Ley existen opiniones y argumentos de indudable peso³⁷⁷: se trata de la tesis finalista. La tesis finalista tiene su precedente más claro en la STS de 22 de diciembre de 2011 cuya interpretación del debatido artículo parece ser la más razonable, ya que no tiene sentido que la condición del crédito del acreedor principal se haga depender de si este crédito está o no afianzado, lo que implicaría convertir el crédito que tiene garantía respecto al que no la tiene en otro de peor condición cuando la relación entre concursado y fiador es ajena al acreedor principal³⁷⁸.

³⁷⁷ GARCIA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO, en la «Clasificación de los créditos en los que un tercero disfrute de fianza prestada por una persona especialmente relacionada con el concursado», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 109, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 2008, ponencia presentada en el *II Seminario de Derecho Concursal, «Prevención de la insolvencia y Derecho Mercantil»*, Departamento de Derecho de la Empresa, Universidad de Zaragoza el 25 de Junio de 2007, págs. 7 y ss., donde dice: «El criterio hermenéutico de carácter sistemático no ha de merecer un particular realce en la LC. Esta norma arrastra —como casi todas— no pocos defectos de orden sistemático, pudiéndose citar numerosos ejemplos. [...] También, y de forma más próxima a cuanto ahora nos interesa, no habrá que olvidar cómo el art. 73, 3 LC tipifica un supuesto de subordinación crediticia —crédito de restitución como consecuencia de reintegración concursal de tercero calificado de mala fe— que luego es reiterado en el art. 92. 6 LC».

³⁷⁸ La STS de 22 de diciembre de 2011, después de preconizar la interpretación finalista de la disposición legal, se adhiere con rotundidad a esta tesis a partir de la modificación introducida en el Real Decreto-ley 3/2009 de 27 de marzo, y señala que «La redacción originaria del inciso segundo del art. 87.6 LC es confusa, y no permite extraer una conclusión unívoca, y aun cuando es cierto que, desde el punto de vista de la interpretación gramatical podría deducirse una solución más favorable a la tesis literalista, sin embargo la propia falta de claridad conduce a la necesidad de acudir a otros elementos interpretativos [...] No tiene sentido que la condición del crédito del acreedor principal dependa de que el crédito esté o no afianzado, haciendo de peor condición al que tiene la garantía respecto del que no la tiene, cuando la relación especial que inficiona el crédito es ajena a dicho acreedor principal».

En cualquier caso es factible que la persona especialmente relacionada con el deudor y el fiador de su crédito puedan orillar la clasificación de subordinación no satisfaciendo el crédito durante el concurso y esperar la aprobación del convenio, en cuya masa pasiva se habrá tenido en cuenta la composición del crédito del acreedor principal y, por lo tanto, disfrutaría de las previsiones del convenio satisfaciendo posteriormente el crédito por subrogación, beneficiándose de una posición que, en principio, por estar relacionado con el concursado, sería calificada como crédito subordinado. Además, es imposible alterar esta situación del crédito a través de la oposición a la aprobación del convenio a través del artículo 128.1 LC, ya que el pago posterior al convenio no constituye ninguna infracción.

3.5. Subordinación del crédito indemnizatorio en la resolución de contratos con cláusula penal de naturaleza punitiva.

Los créditos derivados de una indemnización por resolución de un contrato en el que exista una cláusula penal de naturaleza punitiva, es decir, las indemnizaciones percibidas por este contrato y en aplicación de la cláusula penal, generen diferentes posiciones en orden a su calificación en el concurso de acreedores.

Existen puntos de vista contrarios a la calificación de este crédito tanto como ordinario como subordinado. Si en el contrato en cuestión existe un pacto de *lex commissoria* no es de aplicación el artículo 1124 CC. En este caso la resolución contractual por incumplimiento es automática, sin que entren en juego las facultades resolutorias de dicho artículo debido a la existencia de esta cláusula penal de naturaleza punitiva e impone el cumplimiento genérico del contrato a tenor del carácter vinculante de los contratos según los artículos 1089, 1091, 1255 y 1256 CC³⁷⁹.

³⁷⁹ Esta es la posición que se adopta, entre otras, en las SSTS de 11 de octubre de 2001, 8 de mayo de 1965, 24 de febrero de 1966 y 30 de marzo de 1976, en el sentido de que no procede la aplicación del artículo 1124 CC si en el contrato existe un pacto de *lex commissoria*, es decir, cuando se conviene entre las partes el mecanismo regula-

La virtualidad de esta cláusula penal debe consistir en que la misma supla a la indemnización de daños y perjuicios en su función liquidadora. La cláusula penal pactada convencionalmente no requiere la prueba de los daños causados por mor de dicha función liquidadora que lleva implícita³⁸⁰. En relación a esta interpretación de los citados preceptos una corriente de pensamiento opina —no sin fundamento— que dicho crédito debe ser un crédito concursal subordinado por respeto a lo dispuesto en el artículo 92.4 LC., que califica como tales a aquellos que lo sean por multas y demás sanciones pecuniarias, aunque parece ser que la finalidad del artículo citado puede referirse más a sanciones administrativas que a obligaciones contractualmente pactadas en base al derecho privado. A destacar que el punto 4º del artículo 92 LC no ha sufrido ninguna reforma desde la publicación de la Ley concursal.

Otra corriente doctrinal opina —realmente también no sin cierto fundamento— que las indemnizaciones derivadas de una cláusula penal pactada contractualmente, en caso de incumplimiento la función indemnizatoria de la pena pactada (auténticamente punitiva en este caso) condiciona de forma ineludible la clasificación del crédito en el concurso de acreedores. Se interpreta que si, de una forma u otra, la pena sustituye a la indemnización de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de la obligación contractual principal, este crédito no es, en esencia y por sí mismo, de naturaleza sancionadora sino que se trata de

torio de la resolución contractual a modo de condición resolutoria explícita, de forma que la resolución del contrato tiene lugar de forma unilateral y automática, sin necesidad de que se declare la resolución judicialmente, que únicamente lo sería en ausencia de pacto expreso y a partir de la facultad que nace y otorga el artículo 1124 CC.

³⁸⁰ Corriente interpretativa propiciada, por ejemplo, por la SAP de La Coruña de 14 de enero de 2011: «En definitiva, la sustitución de la indemnización de daños y perjuicios por la pena pactada supone que el acreedor no tiene que probar los daños que le produce el incumplimiento contractual (STS de 27 de septiembre de 1961 y 28 de noviembre de 1978). El deudor no se puede liberar de la pena demostrando que su incumplimiento no le produjo daño alguno (STS de 10 de abril de 1956), sin que el acreedor pueda solicitar tampoco mayores daños al hallarse sustituidos por la pena (STS de 16 de noviembre de 1992)».

un crédito indemnizatorio derivado del propio incumplimiento, por cuyo motivo no se puede calificar como crédito subordinado³⁸¹.

3.5.1. Consideración de la cláusula penal como pena resarcitoria sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios.

La cláusula penal no deja de ser otra cosa que una obligación de carácter accesorio y sancionador que opera cuando se produce el incumplimiento de la obligación convenientemente pactada. Es una garantía, por tanto, de la obligación principal y tiene un carácter represivo. No obstante debe deslindarse cuidadosamente la solución indemnizatoria de la cláusula penal de su función meramente sancionadora. No se olvide que el artículo 1152 CC advierte que, en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituye a la indemnización de daños y perjuicios y el abono de intereses en caso de incumplimiento, siempre que no se hubiese pactado otra forma de indemnización.

En consecuencia, si la cláusula penal presenta o determina una función sancionadora el crédito concursal no puede tener otra consideración que el de subordinado, mientras que si la cláusula penal sustituye a la indemnización de daños y perjuicios tendrá carácter de crédito ordinario. Para ello hay que estar siempre al contenido de lo pactado expresamente por las partes y a la intención que se deduzca de los pactos contractuales. Un criterio para establecer claramente este posible pacto en contrario que haría variar sustancialmente la calificación del crédito sería la de considerar el carácter sancionador cuando su montante

³⁸¹ SAP Barcelona, secc. 15.^a, 6 de noviembre de 2006 Si la pena sustituye a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación principal garantizada, de modo que evita la discusión acerca de la existencia de los daños y de su valoración económica, el crédito derivado de su aplicación no tiene carácter sancionador sino indemnizatorio del incumplimiento contractual, lo que difícilmente cabe incluir dentro del art. 92.4 LC Mientras que si la función perseguida con la pena es punitiva, sancionar el incumplimiento, el crédito surgido de su aplicación sí tiene cabida en el referido art. 92.4 LC .

sobrepase cuantitativamente la medida del montante real del daño causado³⁸², aspecto que es compartido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina al uso, que distingue perfectamente entre la función sustitutiva o liquidatoria de la pena en la indemnización de daños y perjuicios y su diferencia con la pena acumulativa que agrava, en cierta manera, la responsabilidad del deudor incumplidor³⁸³.

3.6. Causas endógenas al crédito.

El espíritu y el objetivo de la Ley concursal no ofrecen duda respecto al carácter subordinado de algunos créditos atendiendo a su origen o naturaleza. En este sentido, se considera a algunos créditos como merecedores de una menor protección que la que se dispensa a los restantes acreedores; dicho de otra manera, se considera a los créditos ordinarios como beneficiarios de una mayor ventaja frente a los subordinados. Caso, por ejemplo, de los créditos por multas y sanciones pecuniarias impuestas al concursado así como los créditos por intereses que tienen menor preeminencia que la deuda del crédito principal. Es

³⁸² SAP Barcelona de 15 de mayo de 2009, sección 15ª: «Para discernir en cada caso la naturaleza indemnizatoria o punitiva de la cláusula penal debemos atender a lo convenido por las partes. [...] la doctrina entiende que para que la preventiva determinación de los daños por el incumplimiento tenga carácter penal, es necesario que su evaluación sobrepase la medida real del daño, de forma que este exceso actúe de modo eficaz como presión sobre el deudor para impulsarle al cumplimiento específico de la obligación, ante la amenaza de tener que pagar un resarcimiento que exceda del equivalente pecuniario de la prestación a que se obligó».

³⁸³ ARANA DE LA FUENTE, ISABEL, «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *InDret. Revista para el análisis del derecho* 4/2010, Barcelona, 2010, pág. 7, que dice: «[la pena liquidatoria] es la que únicamente sustituye a la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento fijada conforme a las normas generales sobre responsabilidad contractual. Mediante esta pena convencional, los contratantes estiman y liquidan anticipadamente los daños que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento [...] de manera que, a falta de pacto expreso de los interesados, la ley presume que la pena pactada es meramente sustitutiva de los daños y perjuicios (art. 1152-1º CC). [La pena acumulativa] es la que se acumula con la indemnización de daños fijada conforme a las normas legales, agravando así la responsabilidad del deudor. Tiene carácter excepcional, dado que sólo opera cuando así lo acuerden expresamente los interesados».

obvio que nos referimos a los intereses devengados con anterioridad a la fecha de declaración del concurso de acreedores ya que, por imperio de la regla general, los créditos en caso de concurso no devengan intereses a partir de la fecha de su declaración, quedando suspendido su devengo, tanto de los legales como convencionales, exceptuándose lógicamente los créditos con garantía real que se exigen hasta donde alcanza la respectiva garantía (artículo 59 LC)³⁸⁴.

3.6.1. Créditos subordinados por pacto contractual.

El artículo 92.2º LC al instituir que son subordinados los créditos que por pacto contractual tengan este carácter respecto de todos los demás créditos contra el deudor, viene a establecer de forma clara la posibilidad de subordinación de un determinado crédito por pacto expreso entre el acreedor y el deudor. Antiguamente la legislación sobre insolvencias no contemplaba tal posibilidad y debido al carácter imperativo de tales normas no resultaba clara la eficacia de un pacto contractual de este estilo.

La subordinación deberá deducirse expresamente de un pacto incluido en una relación jurídica de la que se derive un crédito; y la subordinación contractual se producirá no sólo cuando las partes incluyan una cláusula de subordinación de un crédito, sino también cuando escojan establecer una relación contractual cuya naturaleza jurídica específica lleve aparejada la subordinación. Esta interpretación amplia permite incluir dentro de esta categoría herramientas como los préstamos participativos, en los cuales, por ministerio legal, y respecto a la pre-

³⁸⁴ Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés asegurará, además del capital, los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social modificó el párrafo tercero del artículo 114 LH en el sentido de que «en ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años. Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

lación de créditos, aquéllos se sitúan después de los acreedores comunes³⁸⁵, lo que lleva implícita la subordinación. Así pues, el convenio subordinatorio puede ser tanto por un pacto expreso entre las partes y exclusivo a tal fin, como por el hecho de convenir un tipo de negocio jurídico que es subordinado por sí mismo (en el ejemplo citado, el préstamo participativo). Este aspecto se analizará posteriormente con más detalle.

La subordinación convencional debe tener el carácter de general, es decir, no se admitiría un pacto consistente en una subordinación relativa que alterase el orden de preferencia legal establecido en la Ley concursal. Debe ser un pacto que incluya todos los demás créditos del deudor, concursales o contra la masa, sin excepción. El pacto subordinatorio no debe prestarse a interpretaciones restrictivas, pues no se permite alterar este orden de preferencia asumido voluntariamente. Tampoco puede circunscribirse a una determinada fase del concurso y, especialmente, al convenio, se alcance o no este o se produzca la liquidación. Su alcance, pues, debe ser total siendo inaceptable la subordinación limitada o parcial porque en la Ley concursal no se prevé ningún supuesto similar: los créditos subordinados lo son siempre en su integridad.

La mención de «pacto contractual» que contiene la Ley concursal (artículo 92.2º LC) se considera extensiva a todo aquello que usualmente se entiende establecido en un contrato determinado a través, simplemente, del acuerdo de voluntad entre las partes como fuente de derecho exigible. Se trata de un «acto jurídico», es decir, una manifestación de voluntad para que tengan lugar ciertas consecuencias jurídicas, pero distinta intrínsecamente del «hecho jurídico» en sí mismo³⁸⁶ que no necesita de la voluntad humana. Y lo básico en la subordinación del crédito es el efecto jurídico y no el acto en sí mismo.

³⁸⁵ Artículo 20 c) del Real Decreto-ley 7/1996 de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

³⁸⁶ ALEMANY EGUIDAZU, JESÚS MIGUEL, «Subordinación contractual y subordinación concursal» *Diario La Ley*, nº 6004, Sección Doctrina, 26 abril 2004: «En este sentido la subordinación es en realidad un efecto jurídico no tanto como un acto jurídico, puesto que no es usual un contrato específico de subordinación [por lo que debe entenderse] como una consecuencia de determinada postura contractual cuyo efecto preciso es la subordinación».

En cuanto a la forma del pacto, no se exige formalidad alguna, rigiéndose por el sistema general del artículo 1278 CC que impone la obligatoriedad del contrato cualquiera que sea la forma de celebrarlo, siempre que en él concurren las condiciones esenciales para su validez.

La prueba del documento privado, según el artículo 1225 CC, si es reconocido por la persona a quien perjudica, habrá de tener el mismo valor probatorio del hecho que contiene y de su fecha de otorgamiento (artículo 1218 CC). Sin embargo, esto no es tan evidente por cuanto la interpretación jurisprudencial del artículo 1218 CC es sumamente restrictiva y, además, cualquier discrepancia debe ponerse en relación con las limitaciones frente a terceros que prevé el artículo 1227 CC. Los documentos públicos hacen prueba del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de este, pero no de la veracidad de su contenido, que puede ser siempre cuestionada en juicio.

Finalmente, la graduación de los créditos subordinados contractualmente los sitúa al mismo nivel entre ellos de concurrir varios, y su pago debe hacerse de acuerdo con el orden estricto y preciso del artículo 92 LC, sin perjuicio de la aplicación a prorrata dentro de cada número (artículo 158.2 LC), aunque nada impide que las partes puedan haber convenido que su crédito subordinado sea pospuesto a los restantes.

3.6.2. Pacto de subordinación y renuncia de derechos.

La naturaleza jurídica del pacto de subordinación es la de una auténtica renuncia de derechos, un verdadero acto de disposición que excede de la simple y mera administración. Ello implica que el renunciante deba estar en posesión de unas facultades jurídicas plenas y cabales ya que se trata de un acto dispositivo de importante trascendencia sobre los efectos contractuales, y siempre que tal

acto dispositivo no sea contrario al interés o al orden público, ni perjudique a terceros (artículo 6.2 CC)³⁸⁷.

La renuncia no puede ser difusa e inconcreta sino que debe ser clara, terminante y precisa y los actos jurídicos contenidos en el pacto contractual han de ser concluyentes e inequívocamente reveladores de la voluntad de hacer dejación de tales derechos³⁸⁸. La renuncia y su contenido específico no puede ser objeto de interpretación sino que deben plasmarse mediante un términos claros, sencillos y comprensibles, en la línea del artículo 1281 CC, es decir, que se deduzca de la propia literalidad, sin auxiliarse de interpretación o explicación alguna para evaluar la voluntad real de las partes.

3.6.3. Límites y extensión la subordinación derivada de la renuncia de derechos.

No obstante los límites extrínsecos invulnerables relativos a la ley, la moral y el orden público, entendemos que son válidas las cláusulas contractuales que excluyan *verbi gracia* las indemnizaciones en caso de resolución del contrato por incumplimiento por denuncia unilateral de una de las partes, con fundamento en la libertad de pactos de nuestro sistema contractual. En sede concur-

³⁸⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «La renuncia a los derechos. Artículo 6», en *Comentarios al código civil y compilaciones forales* (dirs. M. Albaladejo, S. Díez), tomo I, vol. I, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid, 1995, pág. 734 que dice «[la renuncia] se configura, pues, como una declaración unilateral de voluntad que determina la pérdida o abandono de la titularidad de un derecho subjetivo, facultad o acción». Otros autores como CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, en *La renuncia a los derechos*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1986, con una posición algo maximalista, afirma que «la esencia del derecho subjetivo es la disponibilidad del interés [...] y el núcleo de esa disponibilidad es la renunciabilidad [por lo que] no es posible hablar de “derechos irrenunciables”, ya que, si es así, no son tales derechos».

³⁸⁸ STS de 5 de abril de 2017, que reitera una antigua doctrina sostenida sin variaciones por el alto tribunal en el sentido de que «[...] la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, debía de ser, además de personal, clara e inequívoca, sin condicionante alguno, con expresión indiscutible del criterio de voluntad seguido, y revelación expresa o tácita, pero siempre mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos».

sal entendemos que la renuncia es perfectamente válida y coherente con el procedimiento universal del concurso, en tanto en cuanto el carácter de orden público de las normas de derecho concursal no prevalece «en todo caso» sobre las cuestiones patrimoniales de índole privada, limitándose el Estado a la tutela del crédito y a la igualdad de los acreedores según el rango de su crédito.

En la renuncia, la extensión de la subordinación alcanza tanto al principal del crédito como a los intereses, aunque a efectos prácticos es irrelevante el pacto que los incluya o que los excluya porque los intereses son siempre subordinados sin necesidad de pacto contractual, calificándose necesariamente como subordinados al amparo del artículo 92.3º LC, cualquiera que fuese su clase, excepto los protegidos por garantía real y hasta donde alcance la misma. De hecho es lo único que reconoce la Ley concursal a la hora de postergar los créditos en base al criterio de la accesoriedad intrínseca de las deudas por intereses, sin mención alguna a los créditos que se deriven sin más del incumplimiento contractual, con excepción de los que tengan naturaleza sancionatoria.

3.6.4. La subordinación contractual en los contratos determinados por la ley. Créditos participativos.

Algunos supuestos de subordinación vienen ya predeterminados por la ley, como los contratos de refinanciación y los préstamos o créditos participativos. El préstamo participativo se regula en el artículo 20.1.c) del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, y dispone que, en orden a la prelación de créditos, aquéllos se situarán después de los acreedores comunes. Se entiende como crédito participativo aquel en que la entidad prestamista perciba un interés variable en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria, ya sea en base al beneficio neto, al volumen de negocio o al patrimonio total, mediante un interés fijo o cualquier otro que libremente acuerden las par-

tes contratantes. Estos créditos se situarán siempre después de los acreedores comunes sin excepción³⁸⁹.

El carácter subordinado de los créditos participativos es, por lo tanto, un elemento esencial que conforma la naturaleza jurídica de este tipo de créditos y están sometidos al orden de pago del artículo 158 LC³⁹⁰. Y la voluntad de subordinación en este caso no necesita de pacto expreso subordinatorio en el contrato *inter partes* sino que basta elegir determinado instrumento financiero que por ley contenga esta obligación de subordinación³⁹¹. Lo determinante en el crédito participativo elegido como forma de financiación es que resulta legalmente postergado en caso de insolvencia o insuficiencia de bienes o derechos del deudor para satisfacer la integridad de sus deudas³⁹².

³⁸⁹ La consulta vinculante V0337-09 de 19 de febrero de 2009 de la Subdirección General de Tributos y que establece que, sin perjuicio de su orden de prelación en casos de insolvencia, los intereses fijos derivados del préstamo participativo son deducibles en la determinación de la base imponible del impuesto sobre sociedades de la entidad prestataria (apartado 2 del artículo 14 del TRLIS que incorpora lo dispuesto en el derogado apartado 2 del artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996).

³⁹⁰ GARCÍA MANDALONIZ, MARTA, «Los préstamos participativos y la deuda subordinada entre los créditos subordinados del artículo 91.2 de la futura Ley concursal», *Cuadernos de derecho y comercio*, nº 36, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 2001, págs. 170 y 171; y, después, en «Participación y/o subordinación en los instrumentos de financiación», *Revista de derecho mercantil*, nº 247, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2003, pág. 310: «[...] aunque los préstamos participativos son subordinados por imposición legal, lo cierto es que la aplicación de la norma correspondiente (art. 20 uno c) del Real Decreto-Ley 7/1996) entra en juego como consecuencia de la subsunción en el tipo normativo de un supuesto negocial. Por lo tanto, cuando se pacta el contrato de préstamo participativo se está asumiendo el carácter subordinado que le impone la norma».

³⁹¹ Claramente en la SAP de Valladolid, Sección 3ª, de 19 de junio de 2012, cuando apunta a una interpretación amplia de la inexistencia de pacto expreso subordinatorio «[...] entendiendo que dicha voluntad de subordinación existe y ha de considerarse manifestada desde el momento en que las partes deciden utilizar un determinado instrumento o figura contractual que por ley comporta dicha subordinación y a resultas del cual nace el crédito en cuestión, aunque al redactar el concreto contrato no incluyan luego expresa o específicamente dicha cláusula».

³⁹² GARRIDO GARCÍA, JOSÉ MARÍA, «Artículo 92», en *Comentario de la Ley concursal*, (coord. Rojo-Beltrán), Thomson Civitas, S.A., Madrid, 2004, pág. 1664, «la subordinación contractual se produce no sólo cuando las partes incluyan una cláusula de subordinación en un crédito, sino también cuando escojan establecer una relación crediticia mediante una técnica jurídica que lleve aparejada la subordinación. Pensemos, cómo no, en los préstamos participativos».

El artículo 92 LC es una norma cerrada, sin remisión genérica a otras disposiciones, y su carácter restrictivo impide su interpretación analógica. Alguna jurisprudencia sobre la materia —escasa por lo demás— ha llegado a admitir que no es posible subordinar el crédito derivado de un crédito participativo³⁹³. El razonamiento de estas sentencias no es del todo exótico por cuanto resalta la imposibilidad de subordinar créditos fuera de lo dispuesto en la Ley concursal y debido a su carácter tasado y cerrado. No obstante la corriente mayoritaria sugiere que se trata de créditos subordinados, brotando simplemente las dudas respecto a su encuadramiento concreto en el artículo 92 LC³⁹⁴.

Si se toma como axiomático el artículo 92.2º LC que considera subordinado todo crédito que contenga este pacto contractual, es dificultoso seguir la línea de pensamiento que considera derogado el artículo 20.1 del Real Decreto-ley 7/1996, porque el artículo 92.2º LC hace referencia explícita al pacto contractual³⁹⁵. En ausencia de pacto expreso el sometimiento al Real Decreto-ley

³⁹³ Así, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid de 23 de marzo de 2011, que dice: «ha de concluirse por tanto que la subordinación de créditos prevista en el art. 20.1.c) del Real Decreto Ley 7/1996 para los préstamos participativos es incompatible con el régimen de subordinación prevista en la sistemática de la LC, por lo que de acuerdo con su disposición derogatoria única 4 de la misma LC, ha de considerarse derogada tácitamente».

³⁹⁴ Véase el trabajo de GURREA MARTÍNEZ, AURELIO «Recensión del libro ‘Los créditos subordinados’, de Juan Ferré», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 23, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2011, que señala: «en materia de préstamos participativos, son diversas las dudas interpretativas en torno a la graduación del crédito participativo, dentro de los créditos subordinados. Así, desde un sector doctrinal (Garrido), se han considerado créditos cuya subordinación se deriva de un pacto contractual (art. 92.2º); otros, por su parte, opinan que debía encuadrarse en los créditos de las personas especialmente relacionadas (art. 92.5º), por la similitud del acreedor participativo al de los socios (Bermejo); y otros, en fin, que lo encuadrarían, si cupiera, en un hipotético artículo 92.8º de la Ley concursal (y en este sentido se manifiesta Ferré)».

³⁹⁵ Cuando la subordinación tiene un origen contractual determina que el crédito haya de encuadrarse en la categoría del artículo 92.2º de la LC. Esta opinión es compartida por PULGAR EZQUERRA, JUANA, en «Reestructuración financiera, paraconcursalidad normativa y Sareb», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 2014; véase también COLINO MEDIAVILLA, JOSÉ LUIS, *Créditos participativos y concurso de acreedores*, Editorial La Ley Actualidad, S.A., Madrid, 2010, págs. 89 y 90. Este último incluso considera que, en

7/1996 es de hecho equiparable al pacto contractual y existen dudas razonables sobre su derogación tácita porque sólo está expresamente derogado el punto 2 de este artículo³⁹⁶. No obstante, es un asunto discutible por cuanto todo depende de la voluntad de las partes, de la fecha de realización del contrato o de la posible admisión de la derogación tácita o no de este precepto³⁹⁷.

3.6.5. Créditos por intereses.

La regla general en el procedimiento concursal es la suspensión del devengo de intereses una vez declarado el concurso, sean de la clase que sean, tanto si son legales³⁹⁸ como convencionales, como define el artículo 59.1 LC. Si este pre-

virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, se podría contractualmente empeorar la ubicación de los préstamos participativos dentro de la lista del artículo 92 LC. Del mismo autor «Préstamo participativo» en *La contratación bancaria* (dirs. A. Sequeira, E. Gadea), Universidad Complutense, Madrid, 2007, donde razona que «[...] aunque los préstamos participativos son subordinados por imposición legal, lo cierto es que la aplicación de la norma correspondiente (art. 20 uno c) del Real Decreto-ley 7/1996) entra en juego como consecuencia de la subsunción en el tipo normativo de un supuesto negocial. Por lo tanto, cuando se pacta el contrato de préstamo participativo se está asumiendo el carácter subordinado que le impone la norma».

³⁹⁶ Las sucesivas modificaciones de este artículo son: modificación del apartado 1.d) por la disposición adicional 3 de la Ley 16/2007, de 4 de julio; derogación del apartado 2 por la disposición derogatoria única.1.c) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo; y modificación del apartado 1.d) por la disposición adicional 2 de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre. Ninguna de ellas afectó al apartado c): «los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes».

³⁹⁷ La práctica judicial se decanta también por la opción que se viene considerando. Por ejemplo la SAP de Valladolid, Sección 3ª de 19 de junio de 2012: [La expresión de pacto contractual] «puede interpretarse en sentido estricto [...], es decir como exigencia de un concreto pacto o cláusula incorporado expresamente al contrato o relación jurídica de que nazca el crédito [o] más ampliamente, entendiendo que dicha voluntad de subordinación existe y ha de considerarse manifestada desde el momento en que las partes deciden utilizar un determinado instrumento o figura contractual que por ley comporta dicha subordinación [aunque] no es ni siquiera preciso acudir a esta segunda interpretación amplia para calificar de subordinado el crédito que nos ocupa» cuando la manifestación crédito participativo es literal en el contrato.

³⁹⁸ Como ejemplos de intereses legales pueden citarse el artículo 26 de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria, que regula los intereses de demora tributarios como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo o el cobro de una devolución improcedente. También el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre,

cepto lo ponemos en relación con el artículo 92.3 LC vemos que la calificación de estos créditos no puede ser otra que la de subordinado, siendo clara la interpretación pacíficamente aceptada por la doctrina³⁹⁹.

Los créditos por intereses suspendidos por ley siguen devengándose normalmente y no forman parte de la masa pasiva del concurso. El artículo 59.2 LC contiene un mecanismo regulador de estos créditos suspendidos al establecer que si se llega a una solución de convenio dentro de concurso —y siempre que este no conlleve una quita, es decir, que se satisfagan en su totalidad— puede pactarse su cobro, ya sea total o parcial, aunque su cálculo debe efectuarse de acuerdo con el interés legal o al pactado por las partes de forma convencional si el tipo fuese menor. Si el convencional fuese mayor queda reducido a la aplicación del tipo de interés legal⁴⁰⁰.

por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales cuando regula el interés de demora en operaciones comerciales como el que resulte del contrato o, en ausencia de pacto por el del Banco Central Europeo a sus operaciones principales de financiación. Igualmente, el artículo 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero, que se se determinará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

³⁹⁹ Véanse, para una exposición más completa de los interrogantes que plantea la redacción del artículo 92 LC, entre otros, MORAN BOVIO, DAVID AMABLE, «Obligación de intereses en la Ley concursal», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. III, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, pág. 3003. ALONSO LEDESMA, CARMEN, «Delimitación de la masa pasiva...», *op. cit.*, págs. 357-408. GARRIDO GARCÍA, JOSÉ MARÍA, «Artículos 89-97» en *Comentario de la Ley concursal*, (coord. Rojo-Beltrán), Thomson Civitas, S.A., Madrid, 2004, pág. 1664. MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUIS, «El régimen de los créditos subordinados en la Ley concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 1, Editorial Civitas, S.A., Madrid 2004, pág. 72.

⁴⁰⁰ Se trata ampliamente el régimen de los intereses en concurso en las obras de MONTÉS PENADÉS, VICENTE, «El régimen de los créditos...», *ibídem*, págs. 49-85; MORAN BOVIO, DAVID AMABLE, «Obligación de intereses...», *ibídem*, vol. III, págs. 2995-3029; MORENO NAVARRETE, MIGUEL ÁNGEL, «La calificación concursal como subordinados de los créditos por intereses. Comentario a la STS de 5 de mayo de 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 91, Editorial Civitas, S.A., Madrid, enero-abril 2013, págs. 199-210; y en CORDERO LOBATO, ENCARNA, «Artículos 84-97», en *Comentarios a la Ley concursal*, (coord. R. Bercovitz), Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2004, págs. 1099 y ss.

Respecto a los intereses asegurados con garantía real debe estarse siempre al alcance dicha garantía, constituyendo ello una excepción a la mencionada regla general. En cambio, los créditos salariales devengan el interés legal del dinero fijado en la Ley de Presupuestos, y el principal acreditado goza del privilegio general del artículo 32.3 LC, como, igualmente, las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, eso sí, siempre que resulten devengadas con anterioridad a la declaración del concurso. Los intereses por créditos salariales serán calificados como subordinados y se satisfarán en tercer grado de prelación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92.3 LC⁴⁰¹.

La calificación de los intereses como créditos subordinados en la lista de acreedores sigue dos reglas fundamentales: la regla subordinatoria del artículo 92.3 LC y la de suspensión del devengo de intereses, ya sean legales o convencionales, después de la fecha del concurso (artículo 59.1 LC). En consecuencia, dos amplias clases de tipos de intereses pueden presentarse del concurso: los devengados antes de la declaración y los devengados con posterioridad, siendo los primeros calificados como subordinados de forma indefectible y debiendo figurar en la lista de acreedores de forma separada las sumas correspondientes a principal e intereses. Los créditos suspendidos por disposición legal no forman parte legalmente de la lista de acreedores, pero como tales intereses pueden llegar a ser pagados, total o parcialmente, en el caso de llegar a una solución a través de un convenio con los acreedores, y es indiscutible que su incorporación a los textos definitivos es conveniente para una mayor seguridad en los trámites de cumplimiento del convenio aunque la ley no lo contemple.

La posibilidad de satisfacer los créditos por intereses mediante pacto contractual a través del convenio es una intromisión, no del todo justificada, en la for-

⁴⁰¹ Al ponerse en marcha la Ley concursal se generó algún conflicto interpretativo respecto a los recargos y qué calificación debía darse a los mismos, aclarándose tal dicotomía en la reforma del año 2011 que incluyó la palabra «recargos» al artículo 92.3 LC. El número 3 del artículo 92 fue modificado por el número 63 del artículo único de la Ley 38/2011 de 10 de octubre de Reforma de la Ley 22/2003 de 9 de julio concursal.

mulación del propio convenio y de su aceptación por los acreedores, cuando les impone una serie de condicionantes que no existen en el pacto mismo. Nos referimos a la modificación del tipo de interés y la exigencia de que el convenio se efectúe sin quita, lo que afecta directamente a la libertad de pactos y a la autonomía de la voluntad. De hecho ambas exigencias ya se contienen de una u otra forma en la Exposición de Motivos (VII) de la Ley concursal cuando establece la necesaria aprobación judicial del convenio y la posibilidad de rechazo de oficio por el juez, lo que es una innegable limitación a la libertad convencional del artículo 1255 CC⁴⁰².

Con el fin de completar el estudio de los créditos por intereses en concurso desde una óptica general, mencionaremos que la redacción del precepto, a pesar de su exhaustividad, quizás no es todo lo clara que debiera ser. En este sentido se han alzado algunas voces que propugnan que los intereses devengados con anterioridad a la fecha de declaración del concurso no deberían ser calificados sin más como subordinados sino que su montante habría de sumarse al del crédito principal. Se argumenta en su favor el precedente de los contratos de arrendamiento financiero o los contratos de compraventa a plazos de bienes muebles y los financiadores —sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio (artículo 90.1.4 LC)— en cuyos créditos los intereses están ya incluidos en las cuotas o plazos tratándose además, a mayor abundamiento, de créditos con privilegio especial.

También son un precedente a considerar las cuotas por derramas por urbanización y que a menudo incluyen el pertinente interés de demora, aunque no es menos cierto que, en este último supuesto, prevalece el interés general y preferente de las cuotas urbanísticas a favor de las Juntas de Compensación⁴⁰³, por

⁴⁰² Esta problemática ha sido analizada con especial precisión por BERMEJO GUTIÉRREZ, NURIA, «El crédito por intereses en el concurso de acreedores», en *Anuario de derecho concursal*, nº 2, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2005, págs. 235 y ss.; y FERRÉ FALCÓN, JUAN, «Los créditos subordinados de las personas...», *op. cit.*, págs. 21-32.

⁴⁰³ La STS, Sala 3ª, de 19 de julio de 2007 se refiere a la naturaleza de obra pública de las referidas a la urbanización llevadas a cabo por encargo de la Junta de Compensación.

mor de lo establecido en el artículo 126 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, al que se remite el artículo 178 en relación con el 181.4 RGU, estando asegurados los costes de urbanización «y sus intereses» con garantía real preferente a cualquier otro crédito, incluso las hipotecas y cargas anteriores. Además, las cuotas urbanísticas tienen, a partir de la declaración de concurso, la consideración de créditos contra la masa según el artículo 84.2.10º LC como «obligaciones nacidas de la ley»⁴⁰⁴. Esta elevada protección no se compadece muy bien con el rasero igualitario que preconiza la Ley concursal, dando origen a una corriente —muy minoritaria— que propugna de *lege ferenda* una adecuación más justa de esta discordancia.

3.6.6. Los créditos por intereses con garantía real.

Los créditos por intereses cubiertos con garantía real tienen un tratamiento distinto si son anteriores o posteriores a la declaración del concurso. Los intereses posconcursoales así garantizados constituyen un crédito de índole privilegiada especial conforme al artículo 90.1 LC. Esta excepcionalidad se fundamenta en la propia naturaleza del crédito y en el hecho, no menos importante, de que se pueda reclamar de forma separada y de que no forme parte de la masa pasiva del concurso. Ello representa una especial protección para el acreedor frente a la insolvencia del concursado, y su realización, conforme a los artículos 56 y 57 LC, se efectúa con cargo a los bienes afectos ya sea mediante ejecución separada o colectiva de acuerdo con lo que dispone el artículo 155.1 LC.

⁴⁰⁴ STS de 23 de julio de 2015: «A la vista de cuanto precede, cabe concluir que las obligaciones derivadas de los planes de ordenación urbanística, concretamente las derivadas de la urbanización de la unidad de actuación, son obligaciones de carácter real, que dan una preferencia de cobro sobre el bien afectado, por encima de cualquier otro derecho inscrito con anterioridad, por lo que cabe hablar, de conformidad con el art. 90.1.1º LC, de una hipoteca legal tácita». Expresamente la STS, Sala 3ª, de 19 de julio de 2007, se refiere a la naturaleza de obra pública de las obras de urbanización llevadas a cabo por encargo de una Junta de Compensación.

La administración concursal tiene la potestad de seguir atendiendo el pago de los créditos cubiertos con garantía real y con cargo a la masa sin proceder a la realización de los bienes. En cualquier caso entendemos que si no se procede a la realización de los bienes la administración concursal deberá atender al pago de los intereses que se devenguen porque la calificación de créditos contra la masa del artículo 84.2.7º LC no hace distinción en este sentido; es más: se incluyen estos créditos sin diferenciar en cuanto a intereses junto con los créditos derivados de la rehabilitación de contratos o los de enervación de desahucio. La enervación es la facultad del arrendatario establecida en el artículo 22.4 LEC de continuar con la vigencia del contrato, cuya facultad está expresamente reconocida en el artículo 70 LC, previo pago con cargo a la masa todas las rentas y conceptos pendientes, así como las posibles costas procesales. Es cierto que no hay una referencia expresa a los intereses, pero los «conceptos pendientes» no hay duda que incluyen los intereses de las rentas, especialmente si derivan de una sentencia judicial⁴⁰⁵.

Cabe interrogarse si en virtud de pacto en contrario se puede superar en sede concursal el límite del artículo 114 LH, que ordena que en ningún caso se puede asegurar los intereses más allá de los plazos establecidos, es decir, de dos años en perjuicio de tercero —adquirente en subasta, por ejemplo— y, en cualquier caso, de cinco años⁴⁰⁶, con prohibición expresa de capitalización en cier-

⁴⁰⁵ Los intereses son consecuencia de la mora del deudor, es decir, del retraso en el cumplimiento de la obligación, en el caso que comentamos, el pago de la renta. La condena a intereses es obligada —si se solicita, obviamente— por cuanto se le ha exigido al deudor el cumplimiento (artículo 1100, 1º CC). Si se parte de la premisa de que las deudas dinerarias pueden generar frutos, éstos son los intereses remuneratorios, y en las obligaciones de dar o entregar una cosa el deudor asume la obligación accesoria de los frutos (artículo 1095 CC); amén de la mención expresa del artículo 1108 CC de que cuando la obligación consista en el pago de una cantidad de dinero, la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el pago de los intereses legales.

⁴⁰⁶ STS de 19 de julio de 2016: «[...] sus obligaciones se limitan, además de a responder por el principal adeudado, sólo al pago también de los intereses, en principio, de los 2 últimos años, y de la parte vencida de la anualidad corriente, salvo pacto, en cuyo caso no se pueden asegurar por la hipoteca pagos de intereses por plazo superior a cinco años».

tos supuestos⁴⁰⁷, precepto concordante con el artículo 146 LH y con el 220 del RH. Entendemos que no es posible por la propia dicción del precepto.

El acreedor hipotecario que ostenta un derecho de ejecución separada por haber iniciado antes del concurso (artículo 57.3 LC) una demanda de ejecución hipotecaria —aunque luego resulte suspendida por virtud de tal declaración— puede ampararse, a efectos ejecutivos, en lo dispuesto en la LEC, especialmente en los artículos 681 a 698, del capítulo V del título IV del libro IV sobre la ejecución dineraria y en el capítulo IV sobre el procedimiento de apremio. Este cauce es el apropiado para la enajenación del contenido de la prenda o hipoteca y subsiguiente pago al acreedor (requisito esencial de los contratos de prenda e hipoteca según el artículo 1858 CC). El procedimiento debe dirigirse de forma exclusiva y directa (artículo 681 y 682 LEC y artículo 130 LH) contra bienes hipotecados o pignorados, por lo cual —y en virtud de lo dispuesto al artículo 692 LEC sobre el pago de crédito hipotecario y aplicación del sobrante destinado a pagar el principal, intereses devengados y costas— no es posible exceder del límite de la cobertura hipotecaria, y en sede concursal estos serán también los límites, por otra parte establecidos en el artículo 114 LH, quedando excluidos los intereses que excedan de dicha suma.

3.6.7. Subordinación de los intereses remuneratorios o retributivos.

La suspensión del devengo de los intereses desde la declaración de concurso afecta tanto respecto a los intereses retributivos como a los moratorios⁴⁰⁸. La

⁴⁰⁷ Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda [...] no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, párrafo añadido por el artículo 3.2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

⁴⁰⁸ Véase, por ejemplo, JUAN Y MATEU, FERNANDO, en «Suspensión del devengo de intereses, artículo 59», *Comentario de la Ley concursal*, (coord. Rojo-Beltrán) Thomson Civitas, S.A., Madrid, 2004, págs. 1103-1108; y también VILA FLORENSA, PABLO, «Artículo 59. Suspensión del devengo de intereses en el concurso», en *Comentarios a la Ley concursal*, (coords. J.M. Sagrera, A. Sala, A. Ferrer), tomo I, Editorial Bosch,

Exposición de Motivos de la Ley concursal instituye que la subordinación de tales intereses se debe a su carácter accesorio, aunque no haga referencia expresa a la suspensión de los mismos⁴⁰⁹. El carácter de accesorio de los intereses, pues, está sobrentendido en la Ley concursal, y si el criterio de la ley es el mantenimiento de la actividad del concursado (artículo 44 LC) y la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (artículos 61 y 62 LC), es lógico que los intereses moratorios de las obligaciones vencidas con devengo de intereses resulten postergados por la ejecución de las deudas vencidas, todo ello en favor del interés del concurso. Aunque la verdadera y última razón es la defensa de la masa pasiva y activa del concurso y ello impide y bloquea el considerar como deuda la mora del concursado, ya que ello contribuiría a disminuir la masa pasiva. La reclamación de los intereses moratorios no tiene sentido en el concurso al quedar frenadas las acciones individuales contra el concursado.

Respecto a los intereses retributivos no podemos sino manifestar una cierta reticencia o disgusto respecto del carácter de subordinado de tales intereses, a pesar de lo claro que resulta el texto concursal. En realidad, la subordinación de los intereses retributivos no compagina bien con el hecho de que la ley no haga distinción ni decrete como subordinados los intereses derivados de una contraprestación contractual. Por ejemplo, el crédito derivado de un préstamo

S.A., Barcelona, 2004, pág. 631, que razona: «La norma precisa su alcance tanto a los intereses legales como a los convencionales, y aunque lo le explicita, la regla será válida para toda clase de intereses, y así alcanzará, no sólo a los intereses moratorios derivados del incumplimiento, sino también a los intereses retributivos o remuneratorios».

⁴⁰⁹ Véase VÁZQUEZ CUETO, JOSÉ CARLOS, *El régimen de los intereses devengados por créditos concursales tras la declaración de concurso*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2009, pág. 87: «La Exposición de Motivos no se refiere a la justificación de la suspensión; [...] y en realidad, por la conexión de ambas instituciones, las justificaciones son idénticas y ambas se encontrarían en la accesoriedad». En idéntico sentido VILA FLORENSA, PABLO, *ibídem*, pág. 631: «El carácter accesorio de los intereses en relación a la obligación principal se hace latente en la LC, no ya únicamente con la previsión de que, en general, la declaración de concurso suspenda el devengo de nuevos intereses, sino con la no menos trascendente previsión de que a los ya devengados hasta ese momento se les atribuya la calificación de créditos subordinados (art. 92.3º LC)».

es considerado como crédito ordinario, incluida incluidas las comisiones «integradas» en la deuda y derivadas de reclamaciones por posiciones deudoras; pero, contrariamente, queda subordinado el interés retributivo.

En los casos de postergación del crédito como subordinado no se puede perder de vista que se trata de un régimen que restringe claramente los derechos del titular del crédito y, si no existen razones convincentes, se puede ocasionar un trato discriminatorio con la plausible intención de respetar el principio de la *par conditio creditorum*. Pero, paradójicamente, se vulnera de soslayo el principio de igualdad del artículo 24 CE. Y no deja de ser escandalosamente evidente la diferencia de trato que existe entre la entidad financiera y los restantes acreedores que no pueden recuperar el coste de los intereses hasta la satisfacción total del pasivo, tanto privilegiado como ordinario.

Por razones idénticas no se puede acudir a la ficción de que el devengo de intereses conlleva su capitalización y, con ello, dejan ya de ser intereses a efectos de su subordinación. El crédito sigue siéndolo por intereses, y por ello, subordinados. Ni siquiera la posible capitalización de los intereses ya vencidos con el fin de obtener el despacho de ejecución por un solo crédito —en la ejecución singular— modifica la naturaleza del crédito, ni determina que en sede concursal haya de calificarse como un solo crédito de carácter ordinario⁴¹⁰.

3.6.8. Subordinación de los recargos y apremios por deudas a la Seguridad Social o tributarias.

La Ley concursal confiere un determinado privilegio a los créditos tributarios vencidos a partir del momento del devengo del tributo —aunque no a partir del momento de su liquidación— de acuerdo con el artículo 91.4 LC y para aquellos créditos que no gocen del privilegio especial del artículo 90.1 LC y del privilegio general del número 2º del propio artículo. La ley lo limita al cincuen-

⁴¹⁰ La SAP de Barcelona de 26 de enero de 2017 ha rechazado que los intereses puedan capitalizarse y conformar una sola deuda.

ta por ciento del importe de los créditos de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social⁴¹¹. Esta redacción ha dado lugar a algunas confusiones porque el privilegio no alcanza a los recargos de apremio, demoras y sanciones, que tienen el carácter de crédito subordinado debido a que los recargos de la Seguridad Social o tributarios tienen naturaleza sancionadora y, en ninguna forma, resarcitoria.

Esta polémica ha quedado definitivamente cerrada con la Ley 38/2011 por la que se determina que los recargos y apremios —sean de la índole que sean, excepto los garantizados con garantía real— son créditos subordinados, debiendo estarse para su pago al artículo 92.3 LC. El fundamento jurídico estriba en que la Ley General Tributaria, en materia de clasificación de créditos, debe atemperarse siempre a lo dispuesto en la Ley concursal, la cual limita los privilegios al crédito público y mantiene el criterio de la naturaleza accesoria de estos créditos respecto de la obligación principal. Los recargos ejecutivos y de apremio no tienen la consideración de intereses porque sustituyen a los intereses de demora y se trata de una prestación de carácter sancionador derivada de la falta de cumplimiento en el pago de la deuda pública⁴¹². En la Exposición de Motivos de la Ley concursal, al referirse a las multas y sanciones impuestas derivadas de la exacción de créditos públicos —ya sean tributarios o de la Seguridad Social— deben considerarse bajo el prisma de una sanción en sentido amplio, aunque este término no lo emplee la Ley concursal y no incluya de

⁴¹¹ SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 19 de enero de 2006: «[...] Es por ello que, necesariamente, para el cálculo del privilegio general del art. 91.4º LC, hay que entender excluidos de la base del cómputo no sólo los importes afectados por un privilegio especial (art. 90.1 LC) o general preferente (art. 91.2º LC), sino también los subordinados del art. 92 LC. Y es después de deducir estas partidas, cuando interviene el segundo inciso del art. 91.4º LC, pues para el conjunto de los restantes créditos de la Seguridad Social, ya excluidos por su tratamiento legal específico, se reconoce este privilegio general».

⁴¹² SAP de Castellón, Sección 3ª, de 20 de febrero de 2009, que concluye: «[...] una de las directrices de la Ley concursal es la de limitación de los privilegios, a favor de cuya orientación, con interpretación restringida de los mismos, abundan razones de diversa índole (existencia en la Administración de información privilegiada, económica y financiera, sobre el concursado; absoluta falta de transparencia y ausencia de publicidad de los privilegios públicos; criterio restrictivo, e incluso excluyente, de los mismos en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno)».

forma expresa los recargos sino de forma bastante tardía, en concreto hasta la reforma impuesta por la ley 38/2011, que los incorpora definitivamente al artículo 92.3 LC⁴¹³.

Las sanciones que tengan lugar después de la declaración de concurso pero que dimanen de infracciones cometidas antes de su declaración, deben computarse en el momento de la comisión de la infracción, con clara preferencia de la Ley concursal frente a la ley reguladora de los tributos, que prevalece sobre esta en virtud de la disposición adicional octava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria al señalar que la Ley concursal deberá aplicarse en todo momento sin admitir ningún privilegio fuera de su reconocimiento explícito en la Ley concursal. Por ello la interpretación de la ley ha de derivar de las normas concursales y no de las normas tributarias. Además, según lo dispuesto por los artículos 58.2 LGT y 92.3 LC (en interpretación conjunta) los créditos por recargos e intereses moratorios integrados en la deuda tributaria son créditos subordinados.

Los privilegios del derecho público en sede concursal están, pues, efectivamente limitados y se prohíbe, de acuerdo con el principio de la *par conditio creditorum*, un trato discriminatorio sin que a ello obste que la redacción del artículo 92 LC contenga un *numerus clausus*, porque los créditos subordinados incluyen tanto los subordinados por intereses como las sanciones por exacción de los créditos públicos como visiblemente establece la Exposición de Motivos.

Acerca de la naturaleza jurídica de los recargos y de su carácter accesorio, la propia Ley General Tributaria señala, en su artículo 28, que su función es palmariamente indemnizatoria de los daños y perjuicios derivados del retraso en el cumplimiento de las obligaciones y acorde con lo preceptuado por el artículo 1108 CC.

⁴¹³ En la reforma introducida por el número 63 del artículo único de la Ley 38/2011 de 10 de octubre de Reforma de la Ley concursal se introdujo en el apartado 3º del artículo 92 la palabra «recargos».

El recargo de apremio, no obstante, no es propiamente una sanción en el sentido establecido en el artículo 58.3 LGT porque las sanciones tributarias que puedan imponerse de acuerdo con lo dispuesto en el título IV de la ley no forman parte de la deuda tributaria, aunque en su recaudación se apliquen las normas incluidas en el capítulo V del libro III LGT. La sanción a que se refiere el precepto debe entenderse en sentido amplio y como incumplimiento de la obligación, y debemos diferenciar entre las sanciones propias derivadas del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración y aquellas que merecen la calificación de impropias, como las multas y demás sanciones pecuniarias, a las que, por lo demás, también se refiere la Exposición de Motivos de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (apartados IV y V).

Por lo dicho, el recargo de apremio se debe considerar como un recargo de naturaleza de sanción impropia⁴¹⁴ lo que no impide, en forma alguna, su tratamiento como sanción pecuniaria a la hora de calificar el crédito como subordinado según el artículo 91.4 LC y sin ello suponga una interpretación extensiva de la norma⁴¹⁵.

4. Los efectos de la subordinación en el concurso.

⁴¹⁴ ALTAMIRANO, ALEJANDRO C. *Responsabilidad tributaria de los administradores de entes colectivos. Desde la perspectiva del actuar en lugar de otro*, Departament de Dret Privat, Processal i Financer Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, 2008, que las define como: «Las sanciones impropias o indirectas, son los instrumentos no calificados ni reglamentados por el legislador como sanciones pero que, sin embargo, contienen un efecto aflictivo vinculado con otras funciones específicas y propias de tales instrumentos».

⁴¹⁵ Así en RUBIO TORRANO, ENRIQUE, «Créditos concursales tributarios y de la seguridad social: dos sentencias importantes», *Aranzadi Civil*, nº 2, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2009, citado por DUCHENA MOZO, GRACIA MARÍA, en *La hacienda pública en el procedimiento concursal. La aplicación del test del acreedor privado por la Comisión y el Tribunal de Justicia de la UE*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012, pág. 32, donde expone que «cabe encuadrar el recargo de apremio (privilegiado ordinario o subordinado) entendiendo el concepto de sanción en sentido amplio (efecto del incumplimiento de un deber jurídico) [por lo que] el recargo de apremio ordinario es una sanción por la falta de cumplimiento de la deuda tributaria».

La Ley concursal prevé una serie de efectos respecto a los créditos subordinados en atención al carácter sancionador o penalizador que implica la calificación subordinatoria que los posterga respecto a otros. Entre estos efectos se encuentran algunos de carácter específico según la fase concursal que se considere, ya sea la fase de convenio o la fase de liquidación. Por lo que respecta a la propuesta anticipada de convenio —no a los quórums y otras mayorías— los acreedores subordinados no son importantes para la votación de la propuesta, aunque sí deben computarse en su integridad con el fin de establecer las cantidades del pasivo exigidas para el cálculo de las mayorías. El artículo 106.1 LC admite las adhesiones de acreedores de cualquier clase cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo, y si la propuesta anticipada se presenta con la misma solicitud de concurso bastará, simplemente, con la décima parte del pasivo⁴¹⁶.

Por tanto, a partir de la reforma del Real Decreto 3/2009 resulta evidente que el cómputo para el establecimiento del pasivo mínimo para tener por aceptada la propuesta de convenio incluye a los acreedores subordinados. Las garantías, no obstante, del crédito subordinado, por ser de carácter accesorio de una obligación principal, también resultan subordinadas y no se computan a los efectos mencionados.

4.1. Extensión subjetiva de la subordinación.

En la fase de convenio hay que tener en cuenta que este afecta también a los créditos subordinados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 134 LC que expresamente impone la extensión subjetiva de la eficacia del convenio a los acreedores subordinados que resultaren afectados por las mismas quitas y esperas establecidas para los acreedores ordinarios. Se exceptúa el plazo de espera que se contabilizará, para los subordinados, a partir del íntegro cumplimiento

⁴¹⁶ Esta exigencia fue modificada por el número seis de artículo 10 del Real Decreto 3/2009 de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, que también eliminó la exigencia de que la propuesta fuese presentada con adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados únicamente.

del convenio, salvo lo dispuesto en el artículo 102 LC en cuanto a la facultad de elegir entre varias propuestas alternativas. A pesar de ello no es posible imponer a los subordinados unas quitas superiores a los acreedores ordinarios⁴¹⁷.

Según se deduce de la doctrina citada en el párrafo anterior, los créditos subordinados están privados de voto según el artículo 122 LC, lo cual es claro y diáfano y no se toman en consideración ni para el cálculo de quórum de asistencia del artículo 116.4 LC ni para el cálculo de las mayorías para la aceptación de las propuestas de convenio de los artículos 124 y 125 LC (se entiende en la junta de acreedores, a diferencia de la propuesta anticipada de convenio). La privación del derecho de voto es relevante en las personas especialmente relacionadas con el concursado que hubiesen adquirido su crédito por actos *inter vivos* después de la declaración de concurso⁴¹⁸. Nótese, no obstante, que esta precisión es coherente con el matiz que antes hemos comentado de que los créditos subordinados sí cuentan para el cálculo de los quórums en la propuesta anticipada de convenio, pero no computan en los quórums de las juntas y otras mayorías.

La previsión del artículo 134 LC sobre la extensión subjetiva del convenio es en cualquier caso una norma imperativa. Respecto al concepto de norma imperativa entendemos que es aquella norma jurídica que tiene en cuenta la eficacia de la misma en relación con la voluntad de los contratantes; la norma imperativa es de derecho absoluto o *ius cogens* (o de derecho necesario), y puede ser «receptiva» y de obligado cumplimiento o prohibitiva, y de hacer determinada

⁴¹⁷ STS de 19 de febrero de 2013 señala que la previsión del artículo 134.1 LC es imperativa y todos los acreedores subordinados quedan afectados como los ordinarios. Y sigue: «De este modo, a través de esta previsión legal, los créditos subordinados se ven afectados por la prohibición contenida en el art. 100.1 LC de que las quitas no podrán exceder del 50% de cada crédito ordinario».

⁴¹⁸ El número 1 del artículo 122 fue modificado por el apartado 6 del número 1 del artículo único del Real Decreto-ley 11/2014 de 5 de diciembre de medidas urgentes en materia concursal, que incluyó la consideración de personas especialmente relacionadas que hubiesen adquirido su crédito por actos *inter vivos*, eliminando la mención a la adquisición por título universal o como consecuencia de una realización forzosa.

acción, frente a las normas permisivas o derecho voluntario o dispositivo conocido como *ius dispositivum* ⁴¹⁹.

Esta norma que comentamos, por su carácter de imperativa, afecta tanto a los acreedores ordinarios como a los subordinados, y sostiene una equiparación *de facto* entre las quitas para los acreedores subordinados y para los acreedores anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiesen sido ni siquiera reconocidos. La única variación en este sentido es la del plazo de espera del artículo 133.1 LC, ya sea a partir de la fecha de la sentencia que apruebe el convenio o a lo que se acuerde de oficio o a instancia de parte en cuanto a retrasar su eficacia a la fecha de la firmeza de la sentencia ⁴²⁰.

De manera excepcional —y en el caso de que el crédito subordinado se sustituya por determinadas obligaciones que se puedan pactar en el convenio— deberá estarse en cuanto a su pago a lo pactado en convenio, lo que contrasta con la radical prohibición de pagos al acreedor subordinado ⁴²¹.

⁴¹⁹ Definición propuesta por CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, en *Derecho civil español...*, *op. cit.*, tomo I, vol. I «Introducción y Parte General. Teoría de la norma jurídica» págs. 403-406.

⁴²⁰ El artículo 133 LC fue modificado por el número ochenta y dos del artículo único de la Ley 38/2011 de 10 de octubre de reforma de la Ley concursal. La última reforma del número 2 del artículo 133 es la del redactado realizado por el número 18 del apartado uno del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, introduciendo el trámite del informe de rendición de mediante comunicación telemática a los acreedores, y las modificaciones sobre la eficacia del convenio desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que el juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza; también se modificaron los efectos del cese de la administración concursal, quien conservará plena legitimación para continuar los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes, así como para actuar en la sección sexta hasta que recaiga sentencia firme.

⁴²¹ ALEMANY EGUIDAZU, JESÚS en «Subordinación contractual...» *op. cit.*, opina que: «Cuestión distinta es que el deudor concursado que hubiere intervenido en el negocio de subordinación vea sustituidas sus obligaciones por el convenio posterior, liberándose de cumplir el contenido del negocio de subordinación si cumple con el del nuevo convenio. Así, el concursado podrá realizar pagos al subordinado contraviniendo la preferencia convencional».

En la fase de liquidación el pago de los créditos subordinados se realizará de conformidad al artículo 158 LC, una vez se hayan satisfecho los créditos ordinarios en virtud de su derecho preferente, no por motivos temporales o procesales sino por la propia naturaleza del crédito. Su pago debe hacerse de acuerdo con el orden relativo, escalonado y subcatalogado que establece el artículo 92 LC y, en su caso, a prorrata dentro de cada grupo.

4.2. Tratamiento concursal del crédito subordinado en casos especiales.

El tratamiento concursal del crédito subordinado no es uniforme. Todos los créditos subordinados responden a una misma idea y, sobre todo, a un idéntico método, que es el su clasificación, conforme se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley concursal, apartado IV. Se trata de una «excepción negativa a la clasificación» en el reconocimiento de los créditos en general, derivada de una opción legislativa sustentada en el hecho de si el crédito merece o no su condición legal o bien, por diversas circunstancias (comunicación tardía, pacto contractual, carácter accesorio, condición personal de sus titulares, etc.), merece ser sancionado con la postergación. Es, en definitiva, una sanción que arrincona el crédito en el momento del cobro.

Los créditos subordinados tienen todos una misma lógica sancionadora, aunque no guardan una relación jurídicamente homogénea entre ellos. Si bien el concurso se caracteriza por la unidad de procedimiento, el crédito subordinado, no obstante, goza de unas características específicas en el trato concursal cuando se refiere al concurso de personas físicas, como analizaremos posteriormente.

Un primer apunte que conviene realizar es el trato singular de los créditos de las Administraciones públicas, que no pueden subordinarse sin más por el hecho de haber sido comunicados tardíamente, siempre y cuando resulten de

procedimientos de comprobación o inspección⁴²². Otro tratamiento especial se aplica a los créditos que se refieren a las costas procesales y a los créditos por responsabilidad extracontractual de las personas especialmente relacionadas con el deudor, con algunas variaciones en el concurso de las personas físicas.

4.2.1. Las costas procesales y su naturaleza jurídica.

Según los artículos 241 y 394 LEC el pago de las costas del proceso corresponde satisfacerlos a cada parte, y se constriñen a los honorarios de la defensa y representación técnica, anuncios, depósitos, derechos de peritos y arancelarios así como la tasa judicial. Si bien en el artículo 394 LEC se contempla la imposición de costas mediante el criterio objetivo del vencimiento, es decir, la condena a la parte que ha visto rechazadas sus pretensiones (sin perjuicio de que el Tribunal aprecie la existencia de dudas de hecho o de derecho), el apartado 3 de dicho artículo contiene una limitación objetiva en cuanto a su obligación de pago que se concreta y limita a una cantidad que no puede exceder de la tercera parte de la cuantía del proceso para cada litigante que obtenga el pronunciamiento a su favor. Esta restricción complementa el criterio de la regla general del principio objetivo de vencimiento sin perjuicio de que el Tribunal pueda acudir a otro principio más subjetivo, como la temeridad en el litigante⁴²³.

⁴²² Introducido por la modificación operada por el Real Decreto-ley 3/2009 de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, que modifica el número 2 del artículo 87 LC.

⁴²³ Principio ya adelantado por CARNELUTTI, FRANCESCO en *Instituciones del proceso civil*, tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, pág. 361: «El vencimiento determina por lo común la obligación de reembolso de las costas; pero a esta regla se admiten excepciones. Ante todo puede el vencido ser exonerado de la obligación de reembolso si hay justos motivos; tales motivos concurren cuando una parte haya perdido a pesar de su comportamiento probo y leal o por las relaciones entre las partes sea éticamente oportuno que la otra parte no consiga el reembolso».

La naturaleza jurídica a las costas es, en definitiva, un derecho al reembolso de los gastos procesales y tiene carácter indemnizatorio o resarcitorio⁴²⁴, fundamentado en el «principio de indemnidad» como variante especial del derecho a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional lo define como «garantía de indemnidad», y debe entenderse como un principio constitucional esencial derivado de los actos preparatorios o previos al ejercicio de una acción judicial, en el sentido que de ellos no puedan derivarse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza.

El principio de indemnidad se basa en la libertad de toda persona para el ejercicio de sus derechos, de forma que de la acción judicial no puedan ni deban derivarse consecuencias perjudiciales para quien la ejercita; por ello, las costas procesales tienen la consideración de una indemnización o contraprestación por los gastos del juicio para aquel que obtenga una resolución favorable y enderezada a que la tramitación del pleito no le cause más lesiones que las estrictamente necesarias⁴²⁵. Las costas restringen la discrecionalidad del juzgador al utilizarse el criterio objetivo o del vencimiento, más adecuado que el criterio subjetivo o de la temeridad, puesto que pueden existir matices especiales en la legislación —o, incluso, jurisprudencia contradictoria—, imponiéndose final y definitivamente en nuestro ordenamiento jurídico la norma general del criterio del vencimiento.

⁴²⁴ En este sentido GÓMEZ RODRÍGUEZ, ÁLVARO, «Costas procesales», *Diario La Ley*, nº 8072, Sección Doctrina, 29 de abril de 2013: «La obligación de la parte vencida a pagar las costas procesales tiene un carácter resarcitorio o indemnizatorio, pero no la obligación de resarcir todos los gastos, sino solamente los objetivamente necesarios o útiles para la defensa de su derecho ante los Tribunales».

⁴²⁵ La STC 10/2011, de 28 de febrero reflexiona sobre la garantía de indemnidad y entiende que la trasgresión de la tutela judicial efectiva «no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando de su ejercicio, o de la realización de actos preparatorios o previos necesarios para el mismo [...] se siguen consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza».

4.2.1.1. Exclusión de las costas procesales del ámbito subordinario.

A partir de lo dicho hasta aquí se advierte ya que las costas procesales no tienen naturaleza jurídica sancionatoria. Esto tiene especial relevancia en sede concursal por cuanto hace que las costas procesales no sean incardinables en el artículo 92.4º LC, es decir, no es posible asimilarlas a los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias que, de acuerdo con este precepto, tendrían el carácter de créditos subordinados. La Ley concursal no se refiere en ningún momento al supuesto de las costas generadas por un procedimiento, por lo que su tratamiento en concurso debe adaptarse (en este caso por exclusión) a los criterios generales para su calificación como subordinados. Nótese como en la Exposición de Motivos de la ley se hace referencia a las sanciones impuestas por los créditos públicos pero no se menciona ni por asomo a las costas del procedimiento de apremio y, por lo tanto, tampoco a las costas procesales en su sentido más general⁴²⁶.

Tampoco es plausible considerar a las costas procesales como un crédito accesorio a efectos concursales —o, más propiamente, como una obligación accesorio o complementaria, en el sentido en que, de forma tangencial, oblicua y decididamente insuficiente, se alude a tales obligaciones en los artículos 1190 y 1207 CC—. La razón de ello estriba en que la definición general de crédito subordinado contenida en la Ley concursal no permite postergar como subordinado a cualquier clase de crédito por accesorio que sea, y ello por más que el texto haga referencia explícita a que «determinados» créditos, en atención a su condición de accesorios, deberán ser subordinados. Pero es obvio que no pueden serlo todos de forma indiscriminada, porque solo sufren esta degradación crediticia los créditos relacionados *nominatim* en el artículo 92.3º LC, o sea, los

⁴²⁶ Para un estudio más amplio de las costas en el proceso concursal, véase ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAUME, «Tratamiento concursal de los gastos y costas procesales», en *Realismo jurídico y experiencia procesal* (liber amicorum en homenaje al profesor Manuel Serra Domínguez), Atelier Libro Jurídicos, Barcelona, 2009, págs. 115-127.

recargos e intereses, y éstos sean de la índole que sean, tanto ordinarios como moratorios.

Tratándose, pues, de un sistema cerrado o de *numerus clausus*⁴²⁷ no es posible efectuar una interpretación analógica y proceder a la extensión de estos supuestos a otros que no contempla la Ley por el sistema de analogía reconocido en el Código civil (artículo 4.1º), analogía que puede aplicarse siempre y cuando las normas no contemplen un supuesto idéntico pero regulen otros semejantes en los que se aprecie lo que se conoce como «identidad de razón». En el caso de las costas en concurso no puede utilizarse la *analogia iuris* con fundamento en los principios generales del derecho por cuanto el concurso de acreedores se rige por una ley especial, concreta, exclusiva y excluyente; tampoco es posible la *analogia legis* porque no se produce el supuesto de ausencia de cobertura normativa suficiente, por el mismo argumento que hemos expuesto antes.

En resumen, las costas procesales no pueden equipararse de ninguna manera a los intereses de demora —y, por ende, ser objeto de subordinación— porque su origen, causa y naturaleza jurídica son muy diferentes. Las costas procesales se originan en razón de la tramitación del proceso y tienen un carácter resarcitorio, mientras que los intereses responden a la simple demora en el pago del principal de una deuda y tienen carácter indemnizatorio directamente derivado de la mora en el cumplimiento de las obligaciones (artículo 1108 CC). No son, por ello, términos similares, equivalentes o equiparables, ya que tanto los re-

⁴²⁷ STS de 21 de enero de 2009: «Si bien es cierto que los créditos subordinados constituyen una excepción al régimen general, aunque su calificación como tales obedezca a razones justificadas de índole objetiva o subjetiva, y que su enumeración en el art. 92 LC tiene carácter de "numerus clausus", sin que en ninguno de sus supuestos se utilice la expresión literal "recargos", sin embargo, los créditos controvertidos —consecuencia de la falta de abono en el plazo reglamentario de las deudas de la Seguridad Social— se han de considerar incluidos en el concepto de "demás sanciones pecuniarias" del ordinal 4º de dicho artículo». La STS de 22 de junio de 2009 añade, además que: [Los créditos subordinados] «no responden a un fundamento único, aludiéndose al respecto en la doctrina a razones de estricta justicia material, en algunos casos de índole objetiva, y otros de índole subjetiva» y que «el legislador utiliza fórmulas amplias [en la EM de la ley] en las que se justifica la calificación por el carácter accesorio (intereses) o por la naturaleza sancionadora (multas)».

cargos como los intereses sí tienen cabida en el apartado 4º del artículo 92 LC, mientras que las costas procesales no.

No han faltado, sin embargo, opiniones en las que se mantenía el carácter sancionador de la condena en costas procesales, pero desde la adopción del sistema de vencimiento objetivo este criterio ya no puede sostenerse⁴²⁸. Al no tener un carácter sancionador sino el de una contraprestación por los gastos judiciales soportados, la concepción de la condena en costas como sanción ha sido definitivamente superada y así lo entiende la numerosa e incontestable jurisprudencia dictada sobre la materia⁴²⁹. Además, el carácter resarcitorio de las costas procesales se confirma, indirectamente, por lo dispuesto en el artículo 539.2 LEC que considera los gastos judiciales a cargo de la parte ejecutada sin necesidad de expresa imposición.

Desde una óptica estrictamente constitucional, el 24.1 CE no incluye como tal garantía constitucional (en su variante de derecho a la tutela judicial efectiva) la condena en costas. Se trata de una construcción legal que debe observar, eso sí, los límites constitucionales, pero no es propiamente un derecho constitucio-

⁴²⁸ Esto tuvo su especial incidencia —y, de hecho, se inició la reforma en este sentido recogiendo jurisprudencia anterior, que luego se plasmó en la LEC 2000— ya en la Ley 34/1984 de 6 de agosto de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo artículo 12 se modificó parte de la sección 5ª de la antigua LEC, especialmente el artículo 523, señalando que en los juicios declarativos las costas de la primera Instancia se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas, salvo que el Juez, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición. Este redactado es muy similar al del artículo 394.1 LEC.

⁴²⁹ SAP de Zamora de 19 de junio de 2009 señala que la imposición de las costas a quien pierde no es una sanción por su temeridad procesal, «sino una aplicación del principio de indemnidad, que predica la contraprestación de los gastos ocasionados al que obtuvo la victoria, para garantizar que quede inalterado su patrimonio por los gastos de un proceso». En el mismo sentido, otras muchas, como por ejemplo la SAP de Murcia, Sección 1ª, de 11 de enero de 2005; SAP de Baleares, Sección 5ª de 16 de febrero de 2004; la SAP de Sevilla, Sección 5ª, de 7 de noviembre de 2005 y la SAP de Valencia, Sección 9ª, de 22 de junio de 2009.

nal preexistente del litigante que gana un juicio ni un tampoco un derecho de crédito que nazca de la simple condena en costas⁴³⁰.

4.3. Subordinación de créditos derivados de responsabilidad extracontractual a favor de persona especialmente relacionada.

Frente a lo que hemos analizado en este capítulo respecto de los supuestos de subordinación del crédito afianzado por personas relacionadas con el concursado, consideramos, *mutatis mutandis*, que existen también supuestos de posible exclusión de la subordinación del crédito de personas especialmente relacionadas cuando este deriva de la responsabilidad extracontractual de aquéllas.

Es un tema debatido y discutible y en el que no hay una doctrina uniforme. Nos referimos a los créditos que ostenten personas especialmente relacionadas con el deudor y cuyo origen dimana de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, en suma, de las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia según el artículo 1902 CC y que llevan ínsita la obligación de reparar el daño causado⁴³¹. La doctrina del Tribunal Supremo ha objetivizado de

⁴³⁰ Con arreglo a una ya consolidada jurisprudencia, véase la STC 131/1986, de 29 de octubre: «Nuestro ordenamiento jurídico procesal estructura la imposición de costas sobre dos sistemas excluyentes entre sí [...]. El objetivo, conforme al cual las costas se imponen a la parte cuyas pretensiones son desestimadas, sin dejar margen alguno a valoraciones judiciales sobre su conducta procesal, y el subjetivo, más flexible que el anterior, en el cual se concede al órgano judicial potestad para imponerle los gastos del juicio, cuando aprecia mala fe o temeridad litigiosa en su actuación procesal. Ninguno de dichos sistemas afecta a la tutela judicial efectiva [...] ni al derecho de defensa que [...] es el que asegura a las partes alegar y probar lo pertinente al reconocimiento de sus derechos e intereses, mientras que la imposición de costas opera sin incidencia alguna sobre tales derechos constitucionales al venir establecida en la Ley como consecuencia económica que debe soportar, bien la parte que ejercita acciones judiciales que resultan desestimadas, bien aquella que las ejercita sin fundamento mínimamente razonable o con quebranto del principio de buena fe». En idéntico sentido las SSTC 206/1987, de 21 de diciembre; 147/1989, de 21 de septiembre; 170/2002, de 30 de septiembre, y 107/2006, de 3 de abril; y los AATC 171/1986, de 19 de febrero, y 24/1993, de 25 de enero y 259/2003, de 15 de julio.

⁴³¹ Recordemos que la responsabilidad aquiliana o extracontractual es aquella que nace entre personas que no tienen ninguna relación o vínculo contractual y que se origina por actos u omisiones culposos o negligentes, pero no penados legalmente y determinadores de daños personales o patrimoniales indemnizables.

forma continuada la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC aunque no abandona el principio de la responsabilidad por culpa clásico en la jurisprudencia (se habla de una responsabilidad «cuasi objetiva»)⁴³².

En el caso de un concursado que ocasionase un daño a otra persona especialmente relacionada con él (un socio, su cónyuge, etc.) y cuyo origen no esté en ningún vínculo obligatorio —al ser la nota característica de la responsabilidad extracontractual «lo subjetivo»— es plausible sostener que el crédito de esta persona específicamente relacionada con el deudor tenga un tratamiento concursal diferente en orden a la subordinación de estos créditos, pues el nacimiento de la obligación es completamente ajena al acreedor⁴³³. Somos de la opinión de que los créditos subordinados de las personas especialmente relacionadas con el deudor deben limitarse a los créditos que tengan un origen contractual, pues el nacimiento de la obligación por responsabilidad aquiliana es completamente ajeno al titular del crédito.

La subordinación de los créditos de personas especialmente relacionadas se materializa eficazmente cuando se trata de créditos de origen contractual, aunque no soslayamos por completo el hecho de que puedan darse situaciones injustas en el tratamiento de créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual al considerarse únicamente como créditos contra la masa los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del

⁴³² Puede consultarse el trabajo de LAMO MERLINI, OLGA DE, *Consideraciones sobre la situación...*, *op. cit.*, en el sentido de que la responsabilidad deriva directamente del artículo 1902 CC y es una responsabilidad subjetiva tanto por hechos propios (artículo 1902) como por hechos ajenos (artículo 1903). El criterio clásico de la responsabilidad extracontractual es el de la responsabilidad subjetiva, entendiéndose que se responde de los actos culpables y propios. Esta construcción se recoge con claridad en el art. 1902, aunque ya se ve algo desdibujada en los arts. 1903 y siguientes, que admiten la responsabilidad por actos no propios, pudiendo hablarse de una quiebra del principio de responsabilidad subjetiva.

⁴³³ Véase en esta línea el trabajo de CUENA CASAS, MATILDE, «Algunas deficiencias...», *op. cit.*, pág. 16, que cita la opinión en este sentido de GARRIDO GARCÍA, JOSÉ MARÍA, en «Créditos subordinados...», *op. cit.*, pág. 1661.

concurtido con posterioridad a la declaración de concurso (artículo 84.2.10º LC).

Las obligaciones derivadas de responsabilidad extracontractual del concursado nacidas después de la declaración de concurso, pues, se deben calificar como crédito contra la masa, pero no se encuentra impedimento (ni a favor ni en contra) en que se pueda postergar este crédito como subordinado en persona especialmente relacionada debido al silencio de la ley. Efectivamente, la ley nada expresa al respecto y por esto somos de la opinión de que la condición de crédito subordinado, en este caso concreto, ha de derivar específicamente de la naturaleza del título y no de cualquier crédito. La subordinación debe tener un origen contractual, por lo que es discutible que una responsabilidad extracontractual del concursado a favor de persona directamente relacionada deba tener en todo caso la consideración de crédito subordinado.

Teniendo en cuenta que el origen del crédito es la «obligación de indemnizar», la persona especialmente relacionada tendrá un derecho subjetivo para exigir al concursado la reparación del daño causado y esta relación jurídica es la que confiere, en definitiva, el derecho a exigir al concursado la reparación del daño nacido de un acto ilícito (nos referimos a un «ilícito civil», obviamente) sin que pueda subordinarse por aplicación automática del artículo 92.LC.

VI. SUBORDINACIÓN DEL CRÉDITO COMO CONSECUENCIA DE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN PERJUICIO DEL INTERÉS DEL CONCURSO.

1. El apartado 7º del artículo 92 LC como presupuesto determinante de la subordinación: justificación del precepto.

El apartado séptimo del artículo 92 LC fue introducido por el número tres del artículo 9 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. A través de esta incorporación se amplían los supuestos de subordinación del crédito, de forma que aquellos que deriven de contratos con obligaciones recíprocas a los que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69 LC y en los que el acreedor obstaculice de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso, tendrán la consideración de subordinados, siempre que el Juez así lo verifique, previo informe de la administración concursal.

Esta es la breve redacción del precepto, aplicable desde su entrada en vigor, es decir, a partir del 1 de abril de 2009; la norma, a pesar de su evidente falta de concreción, ha resistido los embates de las modificaciones posteriores del artículo 92 LC permaneciendo incólume desde su introducción⁴³⁴.

⁴³⁴ La sucesivas modificaciones del artículo 92 LC son las siguientes: Apartado 1.º del artículo 92 redactado por el número sesenta y tres del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley concursal, vigente a partir del 1 de enero 2012; apartado 5º del artículo 92 redactado por el número ocho del artículo único del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, vigente a partir del 9 de marzo de 2014; apartado 5º del artículo 92 redactado por el apartado diecisiete del artículo único de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, vigente a partir del 2 de octubre de 2014; y apartado 5º del artículo 92 redactado por el número uno del apartado tercero del artículo 1 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, vigente desde el 1 de marzo de 2015; apartado 5º del artículo 92 redactado por el número uno del número tercero del artículo 1

Los cambios más significativos en el artículo 92 LC —al margen de la introducción *ex novo* de la sanción subordinatoria por obstaculización en el cumplimiento contractual— se refieren a la calificación de créditos subordinados por comunicación tardía, en el sentido de no incluir los créditos que consten en documentos con fuerza ejecutiva y los garantizados con garantía real inscrita en un Registro Público; o a aquellos que precisen una actuación de comprobación en las administraciones públicas más allá de la actividad inspectora; o la inclusión como subordinados de los «recargos» y la exceptuación de la subordinación de los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración del concurso, que tendrán carácter de ordinarios.

Ninguna enmienda ha merecido la atención del legislador en lo concerniente la raquítica redacción del apartado 7º del artículo 92 LC.

Para descubrir la justificación de la introducción del apartado 7º no podemos hacer otra cosa que acudir a la Introducción del Real Decreto-ley 3/2009, aunque es tarea difícil porque dicha introducción no nos aclara demasiado sobre la finalidad de la norma; el texto se limita a indicar que el capítulo III («medidas en materia concursal») contiene un conjunto relevante de modificaciones pero se ciñe a una cita descriptiva de lo que es materia del Real Decreto-ley que, por otra parte, afecta a «regulaciones sectoriales diversas», como la tributaria, la financiera y la concursal.

Las justificaciones de la Introducción son inconcretas: se habla de «inadecuación de algunas de las previsiones» de la Ley concursal, sin citar cuáles; se habla también de «facilitar la refinanciación de las empresas», de «agilizar los trámites procesales», de «reducir los costes de la tramitación»; se justifica *in extremis* exponiendo que «las medidas adoptadas, fundamentalmente en materia concursal, revisten una gran complejidad técnica», y poco más.

de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, vigente a partir del 30 julio de 2015.

De hecho las reformas estrictamente concursales son muy variadas, y de su análisis hemos llegado a la conclusión de que el apartado 7º del artículo 92 LC está introducido de forma algo forzada y sin haber calibrado demasiado bien ni su alcance ni sus consecuencias jurídicas y procesales. Se reforma —eso sí, ampliamente— el llamamiento a los acreedores para comunicar sus créditos, las comunicaciones por medios telemáticos; el denominado Registro Público Concursal; la retribución de la administración concursal y los acuerdos de refinanciación; la tramitación escrita del convenio y las mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio o la liquidación anticipada. Pero adolece de un desarrollo eficaz de la norma que comentamos. Por ello afirmamos que, con esta carencia de apoyo doctrinal, solo podemos justificar la norma en base a la defensa del interés del concurso respecto de aquellos acreedores cuya conducta antijurídica entorpezca el cumplimiento del contrato vigente. Más adelante veremos que el carácter de *non liquet* del precepto conduce a interpretaciones forzadas y a analogías no del todo admisibles.

2. Fundamento y causas de la subordinación.

Las normas legales sobre subordinación de créditos en el concurso responden a diversas técnicas y finalidades de política jurídica⁴³⁵. Pueden basarse tanto en la condición particular del acreedor⁴³⁶ como en la naturaleza del crédito en sí mismo, como sucede en los casos de sanciones o intereses.

⁴³⁵ LÓPEZ MURCIA, RAFAEL, «Sobre política jurídica», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 9, 2005-2006, págs. 268-274: «con Política Jurídica se quiere significar que los juicios de valor sobre el derecho deben emitirse en un ámbito conceptual distinto al derecho mismo. [...] Un punto de relieve, es la “antinomía” entre los términos “política” y “jurídica”, contradicción que es sólo aparente, pues dentro del Estado de Derecho se supone implícita la declaración solemne y constitutiva de los derechos, lo cual se conoce también como la parte dogmática de la Constitución».

⁴³⁶ El artículo 93 LC también ha sido modificado repetidamente con el fin de definir el supuesto específico de personas especialmente relacionadas con el concursado, incluyendo a los cónyuges o parejas de hecho que lo hubieren sido dos años antes del concurso; a las personas jurídicas controladas por el concursado y a las sociedades del mismo grupo, o a los administradores de hecho o de derecho y a socios con determi-

En el primer supuesto, la introducción de determinadas personas como especialmente relacionadas a efectos subordinatorios se debe a la hipótesis de que su intermediación con la actividad del concursado favorece la tenencia de una información de la que no disponen los restantes acreedores, situándolos en una posición más ventajosa, lo que proscribe la Ley concursal en base al principio de igualdad de trato de los acreedores de la misma condición. Lo mismo por lo que respecta a los socios o grupos de sociedades, por ejemplo, por su poder de decisión en las juntas generales; y en lo que atañe a los administradores —al igual que los apoderados o liquidadores— por sus facultades decisorias en el seno de la compañía. Se trata en todos estos casos de una ligazón con el concursado apreciable mediante una presunción *iuris et de iure*.

En cuanto a los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de los sujetos antes referidos (número 3 del artículo 93 LC), la subordinación surge siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Se trata, obviamente, de una presunción *iuris tantum*⁴³⁷, o únicamente «de derecho», invalidable por una prueba

nada proporción de capital (el 5% si la empresa cotiza en el mercado, o el 10% si no lo hace), excluyendo, sin embargo, a los acreedores que hubiesen capitalizado su crédito o que hayan suscrito un acuerdo extrajudicial de refinanciación. La evolución legislativa de este artículo 93 LC comprende las siguientes modificaciones: De los apartados 1º y 3.º del número 2 del artículo 93 LC, redactado por el número cinco del artículo 9 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica de (vigente a partir del 1 de abril de 2009); modificación del apartado 1.º del número 1 del artículo 93 LC redactado por el número sesenta y cuatro del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre (vigente a partir del 1 de enero de 2012); modificación del apartado 2.º del número 2 del artículo 93 LC por el número nueve del artículo único del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (vigente a partir del 9 de marzo de 2014); y modificación de los números 1 y 2 del artículo 93 LC a través del apartado 2 del número uno del artículo único del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (en vigor desde el 7 de septiembre de 2014).

⁴³⁷ Como dice AZNAR GINER, EDUARDO, en «La acción rescisoria concursal», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 23, Editorial Tirant lo Blanch, 2007, págs. 37 y ss., citando a JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (véase de este autor «La reintegración de la masa activa en la Ley concursal (I y II)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Editorial Aranzadi, S.A. nºs. 590 y 591, Cizur Menor, 2003, con

de la inexistencia del hecho presumido⁴³⁸ y por expresa dicción del precepto («salvo prueba en contrario»).

La subordinación crediticia en estos casos es instantánea y maquinal y no requiere de una especial valoración jurídica: simplemente habrá de constatarse si el propio crédito o su titular se encuentran dentro del ámbito fáctico de la norma. Así, el artículo 89.1 LC determina la clase de créditos que deben figurar en el informe de la administración concursal (artículo 75 LC), clasificándolos, sin mayor razonamiento jurídico que aquella apreciación fáctica, en privilegiados, ordinarios y subordinados.

No obstante lo comentado respecto de la subordinación en general, la regla del apartado 7 del artículo 92 LC se explica por la necesidad de proteger los intereses del concurso frente a un acreedor que entorpezca el cumplimiento de un contrato vigente, o sea, en definitiva, en la antijuridicidad de su comportamiento. Si bien el informe de la administración concursal que exige el artículo 92 LC puede incorporarse en el informe del artículo 75 LC (la ley nada dice al respecto), en este caso sí se requiere una valoración jurídica aislada de la automaticidad clasificatoria de los créditos. Se requiere una evaluación en derecho del comportamiento antijurídico, de sus antecedentes, presupuestos, causas y consecuencias, sin cuya estimación no es posible apreciar la obstaculización del cumplimiento del contrato por el acreedor. Y, por supuesto (la ley tampoco lo dice), estas alegaciones de la administración concursal deberán someterse a contradicción en aplicación del principio fundamental de derecho procesal⁴³⁹,

estas palabras: «[...] la Ley, a la vista del vínculo existente entre dichas personas y el concursado, valora negativamente los actos celebrados entre si en el periodo de los dos años antes a la declaración del concurso. No obstante, consideramos que es correcta la consideración de la presunción analizada como “iuris tantum”, pues también es cierto que en tiempos de crisis, en los que las posibilidades de obtener financiación y/o recursos se cierran, suelen ser esas personas vinculadas quienes los aportan y, en algunos casos, “salvan” a la empresa de un trágico e insolvente final».

⁴³⁸ *Verbatim* en D'ORS PÉREZ-PEIX, ÁLVARO, *Elementos de derecho privado romano*, Publicaciones del Estudio General de Navarra, Pamplona, 1960, pág. 76.

⁴³⁹ El principio de contradicción ha sido calificado por el TC (STC de 4 de diciembre de 2000) como un derecho ineluctable en todas las instancias y vinculado a la necesidad de preservar un proceso con todas las garantías. «Además, la regla de interdicción

plenamente respaldado por el artículo 24.2 CE, a un proceso «con todas las garantías».

Si el fundamento del artículo 92.7 LC se enraíza en proteger el interés del concurso, no está suficientemente deslindado el ámbito material de este: en concreto la ley no aclara si, además de la necesidad de preservar la satisfacción del crédito de los acreedores, afecta igualmente al concurso entendido como «masa activa o pasiva»⁴⁴⁰. Las referencias al interés del concurso en la Ley concursal especialmente referidas a la «masa activa» se encuentran en el artículo 43.1 LC (su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso); en el artículo 54.2 LC (interponer demandas o recursos que puedan afectar al patrimonio del concursado); en los artículos 61.2, 62.3 LC (resolución o cumplimiento del contrato); en el artículo 149.1 LC (reglas observables en la liquidación del patrimonio concursal) y en el 165.1.2º (presunción de culpabilidad cuando el deudor no facilite la necesaria información).

de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa».

⁴⁴⁰ En la Ley concursal, esa actuación conjunta viene representada por el interés del concurso. Un interés específico que no se identifica con ninguno de los intereses particulares, privados o públicos, presentes en el seno del concurso, que supone la suma de todos los intereses individuales para realizar un fin concreto: la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente. Véase OLIVENCIA RUIZ, MANUEL, *La terminología jurídica de la reforma concursal*, Iustel, Portal Derecho, S.A., Madrid, 2006, pág. 203; y, muy especialmente, TIRADO MARTÍ, IGNACIO, «Reflexiones sobre el concepto de "interés concursal": ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Civil*, Ediciones del Ministerio de Justicia, vol. 62, nº 3, Madrid, 2007, págs. 1055 y ss: «El interés del concurso puede concretarse en el interés de los acreedores considerados de forma unitaria, si bien, junto al interés de los acreedores, en el concurso coexisten otros intereses dignos de protección, los del propio concursado, los intereses particulares de determinados acreedores- trabajadores- y los intereses generales y públicos. El conflicto latente entre todos los intereses incluidos en el concepto obliga a establecer una jerarquía, que prima el interés de los acreedores a la satisfacción de sus créditos conforme al sistema de clasificación legal sobre el interés del concursado. No obstante, cuando el conflicto se origine entre cualquiera de esos sujetos interesados y el interés público, deberá primar el último».

Por su lado, la Exposición de Motivos parece centrar el interés del concurso en la satisfacción de los acreedores y la continuidad de la empresa, primando la consecución de un convenio antes que la liquidación. En cualquier caso es significativo que este concepto jurídico indeterminado sea, valga la redundancia, «tan indeterminado». De hecho puede ser distinto en cada supuesto concreto. Por ejemplo: la modificación sustancial, extinción o suspensión colectiva de los contratos de trabajo que «por su especial trascendencia en la situación patrimonial del concursado no deben resolverse por separado» (Exposición de Motivos III, y artículos 8.2º, 44.4⁴⁴¹, 64 LC); la rehabilitación del arrendamiento y la enervación del desahucio (artículo 70 LC); y la resolución o cumplimiento del contrato de los artículos 61.2 y 62.3 LC, ambos centrados en aumentar o conservar la «masa activa». Esta dualidad conceptual ha sido puesta de relieve por la doctrina⁴⁴².

En definitiva, el interés del concurso conlleva siempre una operación de valoración a favor de la masa más que un deseo de satisfacción de los acreedores o de la continuidad de la empresa, aspectos que no dejan de ser una «consecuencia» del paradigma del interés del concurso más que su «antecedente» o razón de ser.

⁴⁴¹ Párrafo último del número 4 del artículo 44 redactado por el número treinta y uno del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley concursal.

⁴⁴² ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAUME, «El “interés del concurso” como principio inspirador del proceso concursal», en *Principios y garantías procesales*, liber amicorum en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos (director Joan Picó Junoy), Librería Bosch, S.L., Barcelona, 2013, pág. 379, donde se expone: «Aun cuando la Ley concursal se refiere al interés del concurso sólo e nos preceptos concretos, no cabe duda de que el denominado interés del concurso es un principio inspirador del proceso concursal, íntimamente relacionado con los principios de flexibilidad y funcionalidad, también inspiradores del proceso concursal. Se pretende que el proceso concursal sea funcional, esto es, que cumpla mejor posible sus finalidades y para ello se aboga por su flexibilidad, en aras a adoptar en cada caso la solución más conveniente a esos fines. [...] El interés del concurso comprende el interés de la masa, esto es, la mejor conservación de los activos y obtención del máximo valor liquidativo posible, pero trasciende dicha dimensión exclusivamente patrimonial, alcanzando también el interés por el mejor desarrollo posible del proceso concursal o, en expresión legal, un buen orden del concurso».

Pero la valoración de los supuestos de hecho no está completamente desvinculada de una evaluación axiológica, cosa que, por otra parte, aparece claramente en las valoraciones de la norma jurídica porque el Derecho no deja de ser un conjunto de valores expresados a través de la norma jurídica⁴⁴³. Lo que nos interesa en este caso, para calibrar el interés del concurso, es el mecanismo mental de comprobación de los hechos que puedan beneficiar al concurso, y creemos que el camino adecuado es su explicación de acuerdo con lo que conocemos como «las reglas de la sana crítica», cuya exigencia, no se olvide, deriva del artículo 218.2 LEC, en cuanto ordena que «las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas [...] La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón».⁴⁴⁴

3. Contratos a los que afecta la norma subordinatoria. Contratos bilaterales necesariamente sinalagmáticos.

⁴⁴³ Puede verse este razonamiento en GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, «La interpretación constitucional», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 2, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2004, págs. 71 y ss. cuando opina que «[...] el sentido o contenido de las normas jurídicas que la interpretación aclara o precisa es un sentido o contenido valorativo objetivo. No se trata [...] de un orden subjetivo de preferencias establecido por el legislador, sino de contenidos valorativos objetivos que dan su razón de ser a cada norma, a cada rama del ordenamiento y al ordenamiento jurídico en su conjunto».

⁴⁴⁴ Sobre un concepto más extendido de la valoración fáctica, véase ABEL LLUCH, XAVIER, «Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil», en *Objeto y carga de la prueba civil*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2007, pág. 29, cuando aborda la valoración de los hechos como «actividad judicial consistente en la verificación de las afirmaciones fácticas de las partes en orden a la fijación de los hechos controvertidos y su plasmación en la sentencia mediante la motivación del juicio de hecho, sea atendiendo a las reglas tasadas o a las reglas de la sana crítica», lo que en definitiva, según el autor, «satisface la exigencia de control sobre la racionalidad del razonamiento del juez sobre las pruebas».

Los contratos afectados por el artículo 92.7 LC son los contratos a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69 LC, es decir, contratos bilaterales, con obligaciones recíprocas para ambos contratantes y de carácter sinalagmático.

Por tanto su ámbito objetivo es dual y claramente diferenciado: por un lado lo conforman los pactos generadores de obligaciones de tracto único⁴⁴⁵, que deben cumplirse en un solo y único instante, y por otro lado cuando el contrato es sinalagmático (una obligación a cambio de otra aunque no es propiamente necesaria la simultaneidad) o en los contratos de tracto sucesivo en los que la prestación de la obligación se cumple —por una o ambas partes— a lo largo de un intervalo de tiempo cualquiera; en este caso la prestación va íntimamente ligada a la «forma» de su disfrute en la que el transcurso del tiempo es determinante.

El aspecto concreto que conviene analizar es, por su importancia práctica en el entorno económico —y, por ende, en el concursal—, el que afecta a los contratos de préstamo, especialmente el préstamo mercantil. La Ley concursal (artículo 68.1) no ofrece duda sobre la naturaleza bilateral de los «contratos de préstamo y demás de crédito», y a ellos nos remite el artículo 92.7 LC («los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69 LC»).

Vaya por delante que alguna doctrina jurisprudencial muy reciente todavía mantiene el rígido criterio de la consideración del préstamo de dinero como contrato unilateral, lo que significa que las posturas no están del todo claras en lo que concierne a la naturaleza jurídica del préstamo en dinero⁴⁴⁶. En efecto la discusión sobre el carácter real o no del contrato de préstamo viene de lejos: de

⁴⁴⁵ Su existencia se deduce del artículo 1169 CC —paradigma de la unidad prestacional— que presume la indivisibilidad de las prestaciones sin que pueda imponerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación.

⁴⁴⁶ La SAP de Alicante, Sección 9ª, de 11 de mayo de 2007, por ejemplo, sostiene que «El contrato de préstamo o mutuo, (artículo 1.740 y siguientes del Código Civil), con o sin intereses, es un contrato real, unilateral en cuanto que sólo genera obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario, cual es la devolución».

hecho desde la discusión del Proyecto de Código civil de 1851 que consideraba al préstamo como contrato consensual. Tal y como está redactado el artículo 1740 CC la naturaleza jurídica del contrato de préstamo es la de un contrato real y unilateral que se perfecciona mediante la entrega de la cosa objeto de préstamo, no por el consentimiento, «siendo la entrega de la cosa requisito esencial»⁴⁴⁷.

El contrato de préstamo mercantil, pues, no cabe duda de que es un negocio jurídico bilateral, aunque en principio presente dificultades dogmáticas respecto del contrato de préstamo regulado en el Código civil, configurado como contrato unilateral. Si nos centramos únicamente en este cuerpo legal (o en el Código de comercio, artículos 311 a 319), las obligaciones no son recíprocas, por lo que no podría aplicarse el artículo 68 LC, pero si lo concebimos como un contrato consensual es indiscutible que se originan obligaciones recíprocas para ambas partes⁴⁴⁸.

La doctrina actual considera, sin embargo, al préstamo como contrato consensual y bilateral porque la entrega de la cosa no determina o implica la perfección del contrato sino la ejecución del mismo⁴⁴⁹. Esta tendencia doctrinal ha

⁴⁴⁷ Textualmente en la STS de 29 de marzo de 2005.

⁴⁴⁸ Algún autor considera indudable la naturaleza sinalagmática del préstamo mercantil si existe —como en la inmensa generalidad de los casos— un pacto de intereses, extendiendo incluso el efecto de la consensualidad no sólo al préstamo en dinero, puramente mercantil, sino al préstamo mutuo. Véase LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *et alii*, *Elementos de Derecho civil, II*, «Derecho de obligaciones», vol. II, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1985, pág. 172.

⁴⁴⁹ El Proyecto de Código civil de 30 de abril de 1851, conocido como proyecto García Goyena, contemplaba, aunque no de forma explícita, la naturaleza jurídica del préstamo como contrato consensual; pero en su redacción definitiva se varió el criterio para admitir su naturaleza real —enlazando con la concepción del préstamo en el Derecho romano—, criterio que ha permanecido vigente hasta hace poco a tenor de la realidad social impuesta por el amplio uso del préstamo mercantil bancario, en el que usualmente se formaliza el crédito antes de su entrega, destruyéndose así el carácter real que se predicaba el préstamo. Véase las dos redacciones: La del Proyecto de 1851: «Título XIII. Del préstamo. Capítulo 1º. Disposición general. Artículo 1630. Préstamo es un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra alguna cosa, de las no fungibles, para que use de ella gratuitamente y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o a darle dinero u otra cosa de las fungibles con la condición de volver otro tanto, de la misma especie y calidad, y entonces conserva simplemente el

quedado consolidada en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de crédito al consumo, ley especial, que define al crédito o préstamo como el contrato por el que un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, e igualmente cuando pone a su disposición fondos que superen el saldo en la cuenta a la vista del consumidor (artículos 1 y 4), exigiéndose una oferta vinculante como información previa para una mejor formación de la voluntad contractual, lo que, claramente, nos advierte sobre su carácter consensual⁴⁵⁰.

Y desde el punto de vista concursal no puede adoptarse otro criterio ya que el crédito puede llegar a ser elemento esencial del activo del concurso, indispensable para la actividad del deudor y tiene vida propia en la tramitación del concurso, lo que hace que la obstaculización de su cumplimiento presuponga la subordinación del crédito del incumplidor.

3.1. Contratos en vigor y rehabilitados.

Para apreciar la sanción subordinatoria del contrato obstaculizado, este debe estar necesariamente en vigor y que se deriven de él prestaciones que hayan de ser cumplidas. Supongamos una declaración de concurso que viene precedida

nombre de préstamo». Y la redacción actual: «Título X. Del préstamo. Disposición General. Artículo 1740. Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo. El comodato es esencialmente gratuito. El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés».

⁴⁵⁰ Tendencia ya iniciada con la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, derogada por la letra a) de la disposición derogatoria de la Ley 16/2011. En el texto derogado ya se definía al préstamo o crédito de forma similar como «un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación» (artículo 1): los contratos debían formalizarse por escrito y debían contener la información necesaria de las condiciones esenciales del contrato (tasa anual equivalente, importe y periodicidad de los pagos y de los intereses y gastos y coste total del crédito, artículos 6, 18 y 19).

de la comunicación prevista en el artículo 5 bis LC, circunstancia que de por sí acredita la existencia de hechos reveladores de la insolvencia, por lo menos inminente o previsible. Nos referimos al denominado «estadio preliminar de la insolvencia», no a la insolvencia en sí misma como presupuesto objetivo del deber de declaración de concurso (artículos 2 y 5 LC). Supongamos también que en este período el acreedor ha resuelto un contrato por incumplimiento del deudor posteriormente declarado en concurso. ¿Puede rehabilitarse el contrato a efectos de considerar su obstaculización? El artículo 22 LC no confiere ninguna clase de efectos retroactivos a la declaración de concurso, por mucho que el precepto deje una duda razonable al respecto⁴⁵¹. Entendemos que no es posible la rehabilitación a través de este cauce ya que el artículo 22.1 LC se refiere a la consideración del concurso como voluntario, sin ningún efecto sobre los contratos más allá de los propios de la fecha de su declaración.

No obstante es posible la rehabilitación —o, dicho en mejores palabras, la imposibilidad de resolución en el período que comentamos— si nos atenemos al dictado del artículo 5 bis.4 LC, o sea, a la imposibilidad de «iniciar» la ejecución judicial o extrajudicial de bienes o derechos que sean necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, por lo menos hasta que se formalice el acuerdo de refinanciación o se adopte un acuerdo extrajudicial de pagos o se admita a trámite una propuesta anticipada de convenio.

Téngase en cuenta que si hablamos de ejecuciones judiciales —las extrajudiciales seguirán su propio cauce, con presupuestos y efectos propios—, su suspensión será competencia del juzgado que la conozca, por imperativo del artículo 61 LEC que regula la competencia funcional por conexión, y del artículo 568 LEC, en cuanto prohíbe el despacho o continuación de la ejecución cuando el demandado haya efectuado la comunicación del artículo 5 bis LC y, obviamente, respecto de los bienes o derechos necesarios para la actividad del deudor.

⁴⁵¹ Artículo 22.1 párrafo segundo LC: «A los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada conforme al artículo 5 bis se entenderá presentada el día en que se formuló la comunicación prevista en dicho artículo».

dor⁴⁵². Con lo cual el contrato en vía de ejecución judicial quedaría paralizado, aunque no tan pacífico resulta, en principio, el supuesto de resolución extrajudicial en este período, pues la ley solo habla de «ejecuciones»⁴⁵³.

3.2. Exclusión de los contratos celebrados con las Administraciones públicas.

Los contratos celebrados con las Administraciones públicas se rigen por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En su artículo 19 se definen cuales serán los contratos que tendrán carácter de administrativos, a saber, los contratos de obra, de concesión de obra pública, de gestión de servicios públicos, suministros y servicios, y los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, o aquellos distintos de los anteriores pero que tengan lo que la ley define como naturaleza administrativa especial al estar vinculados al giro o tráfico de la administración contratante o a satisfacer una finalidad pública. En virtud de ello la competencia —exclusiva, por otra parte— para conocer de las cuestiones dimanantes del cumplimiento del contrato corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁴⁵² Así se opina en las *Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la Ley concursal operadas por el Real Decreto-ley 11/2014 y la Ley 17/2014*, de 7 de noviembre de 2014.

⁴⁵³ A partir de la Ley 1/2013 de 14 mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, se da una nueva redacción al art 129 LH sobre el ejercicio de la acción hipotecaria que deberá ajustarse al Título IV del Libro III LEC; o, en su caso, mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 CC, sí así se hubiese pactado. La reforma también afecta a los lanzamientos por ejecución hipotecaria extrajudicial, concretamente (artículo 1) la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, aplicable a los procedimientos en curso en el momento de la entrada en vigor de la ley; incluso su suspensión por plantearse el carácter abusivo de alguna cláusula, debiendo necesariamente el Notario acordarla (Disposición transitoria quinta). El artículo 236 RH, en relación al procedimiento extrajudicial hipotecario, permite pedir judicialmente la posesión de los bienes, aunque a nuestro parecer, y por analogía, la resolución ejecutiva que otorgue la posesión podrá ser igualmente suspendida.

Estos contratos no encajan en marco normativo del artículo 92.7 LC ni, obviamente, puede darse una ocasional obstaculización en su cumplimiento. La Ley concursal excluye expresamente a los contratos administrativos de su ámbito de aplicación y los somete a su legislación especial en el artículo 67.1 LC y el artículo 92.7 LC remite a los supuestos de créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69 LC, por lo que no es aplicable la subordinación.⁴⁵⁴

3.2.1. Fundamentos jurídicos de la inaplicabilidad del artículo 92.7 a los contratos administrativos.

La base o fundamento jurídico de la inaplicabilidad del artículo 92.7 LC se halla —sin perjuicio de la exclusión expresa de estos contratos en la Ley concursal— en el TRLCSP cuando detalla los efectos en los contratos administrativos de la declaración del concurso en su artículo 223.b, al señalar como causa de resolución del contrato la declaración en concurso o la declaración de insolvencia por otro procedimiento.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que solamente entrará en funcionamiento la causa de resolución cuando se inicie la fase de liquidación porque el contrato puede seguir su camino si el concursado presta garantía para su cumplimiento a tenor del artículo 224.5 TRLCSP, que dispone que, en caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración, potestativamente, continuará el contrato si el contratista presta las garantías suficientes para su ejecución⁴⁵⁵. El concursado podrá inclu-

⁴⁵⁴ Puede verse los efectos de la declaración de concurso de acreedores sobre los contratos administrativos en GUAYO CASTIELLA, IÑIGO, *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, Editorial La Ley, S.A., Madrid, 2011.

⁴⁵⁵ Al respecto LINARES GIL, MAXIMINO, en su trabajo «Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el real decreto-ley 6/2010», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 14, Editorial Wolters Kluwer, S.A. Madrid, 2011, pág. 193, argumenta que «se admite pacíficamente por la doctrina y por el Consejo de Estado que nos hallamos ante una potestad resolutoria discrecional de la Administración Pública. En su ejercicio no pue-

so ceder los derechos y obligaciones del contrato a un tercero —y soslayar así los perjudiciales efectos resolutorios— aunque nos encontremos en fase liquidativa. Por descontado, tampoco procede la resolución del contrato en los casos de comunicación de negociaciones para intentar un acuerdo de refinanciación o para recabar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (artículo 5 bis LC).

3.2.2. Rechazo *in limine litis* del incidente sobre postergación del crédito por obstaculización del cumplimiento de un contrato de índole administrativa.

Queda por indagar si un incidente de esta naturaleza ha de comportar, de forma tajante, un rechazo de la demanda *in limine litis* por falta de fundamento. Para ello hemos de partir de la base de que el acceso a la jurisdicción no es un derecho de carácter absoluto; la doctrina constitucional es clara en este sentido⁴⁵⁶. También la mayor parte de los procesalistas convienen en que el ordenamiento jurídico puede concretar y delimitar los supuestos del acceso jurisdiccional y,

de interferir el juez del concurso, habida cuenta de la nítida remisión normativa contenida en el art. 67 LC. [...] Cabe entender que la prestación de garantías suficientes no se refiere tanto a garantías en sentido formal, como obligaciones accesorias de garantía (personales o reales), como a garantías de continuidad de la actividad económica y ejecución material del contrato, que pueden quedar reflejadas, por ejemplo, en un plan de viabilidad. No se trata de asegurar la indemnidad económica de la Administración Pública sino la realización del objeto del contrato».

⁴⁵⁶ El TC ha declarado reiteradamente que el art. 24.1 CE no reconoce un derecho incondicional o absoluto al acceso a la jurisdicción, sino más bien un derecho a adquirirla con sujeción al ordenamiento procesal debido al carácter «prestacional» del derecho a la tutela judicial efectiva, y que viene conformado (véase la STS 107/1992 de 1 de julio de 1992) por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio, de suerte que el legislador, dentro de su ámbito de configuración legal, puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, al igual que al pleno acceso a la ejecución de las sentencias, siempre y en el bien entendido de que dichos límites sean razonables y proporcionados respecto de los fines que lícitamente puede perseguir en el marco de la Constitución».

de hecho, la LEC lo prevé expresamente para casos excepcionales y especiales⁴⁵⁷.

Otro sector doctrinal considera que la inadmisión *in limine* es una excepcionalidad y que ante la posibilidad de denegar justicia a quien la pide es preferible la admisión inicial de cualquier pretensión, siendo la inadmisión una anomalía procesal de restrictiva aplicación y que ha de venir amparada en una norma expresa y taxativa⁴⁵⁸. Pero, con todo, no puede soslayarse que nuestro ordenamiento jurídico establece supuestos concretos para que se reconozca el derecho a un pronunciamiento sobre una petición efectuada al juez. Y en el caso de una demanda incidental sobre postergación del crédito por obstaculización del cumplimiento de un contrato de índole administrativa, no existe un interés legítimo de protección porque la ley lo excluye de forma expresa y la acción carece de presupuestos procesales para su ejercicio.

Además, el artículo 194.2 LC dispone que si el juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental declarará su inadmisión y acordará que se dé a la cuestión planteada la tramitación que corresponda⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Artículos 403 y 439 LEC referidos a la carencia de ciertos requisitos para la presentación de una demanda o a los presupuestos procesales para el ejercicio de la acción. En este sentido GIMENO SENDRA, VICENTE, *Derecho procesal civil*, Editorial Colex, S.A., Madrid 2007, pág. 307; o CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN, *Derecho procesal civil, Parte General*, 8ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, S.A., Valencia, 2015, pág. 151.

⁴⁵⁸ OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA, *El objeto del proceso y la cosa juzgada en el proceso civil*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2005, pág. 49, sostiene que la tradición jurídica española es contraria a la inadmisión de una demanda en principio infundada de forma más o menos manifiesta, por lo que, a su criterio, es mejor admitir al proceso peticiones inicialmente carentes de fundamento «al riesgo de denegar la justicia si se permite a los jueces inadmitir pretensiones por su falta de fundamento *primo actu oculi*».

⁴⁵⁹ El auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, de 16 de abril de 2014, indica que al no quedar afectados los contratos administrativos por la Ley concursal y teniendo en cuenta que el artículo 92.7 LC concreta el ámbito de aplicación remite, para el supuesto de obstaculización, a los artículos 61, 62, 68 y 69 LC, lo que no permite la admisión de un incidente de tal naturaleza, afirmando que «la subordinación por obstaculización contractual no es aplicable a los contratos administrativos a los que se refiere el art. 67.1 LC [por imponerlo] el artículo 67.1 LC que excluye a esos contratos

3.2.3. Contratos privados celebrados por la Administración y su sujeción a la Ley concursal.

Existen numerosos contratos celebrados por la Administración pública que no se hallan sujetos al derecho administrativo: por ejemplo, los contratos celebrados por las entidades del sector público que no tengan la consideración de Administración, son contratos privados. Según el artículo 20.1 LCSP tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones públicas. Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración pública cuyo objeto lo constituyan prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro⁴⁶⁰.

En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado y, por lo que atañe a los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con Administraciones públicas, se regirán por lo establecido en la Ley concursal por disposición expresa del artículo 67.2 LC, lo que determina unas consecuencias completamente diferentes a las posibilidades o facultades resolutorias del contrato por parte de la Administración.

Por ello se impone en estos contratos —que en definitiva contienen prestaciones recíprocas— la norma general de su no resolución de conformidad al artí-

[...] de las especialidades que pueda introducir la LC, ya que se rigen por su legislación específica, es decir la administrativa, con arreglo a la cual se ha de analizar las vicisitudes de la dinámica contractual».

⁴⁶⁰ Véase el anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público (legislación consolidada en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), relativo a los servicios a que se refiere el artículo 10 de la propia ley, y en el que se detallan *in extenso* los contratos de servicios sujetos al derecho común.

culo 61.2 LC, debiendo realizarse estas prestaciones con cargo a la masa, y dejando a salvo la posibilidad de instar su resolución en interés del concurso.

4. El origen del crédito a subordinar. Necesidad de que el crédito derive del contrato obstaculizado.

Un problema particularmente trascendente en la subordinación del crédito por obstaculización al contrato lo representa el origen del crédito en cuestión, ya que pueden presentarse diversos supuestos o situaciones específicas de la situación del crédito en un momento determinado. En este sentido el crédito concursal puede derivar de contratos unilaterales sin obligaciones de carácter recíproco o de contratos con obligaciones recíprocas enteramente cumplidas o pendientes o incluso de contratos rehabilitados (artículos 68 y 69 LC). La disposición legal no distingue el origen del crédito a subordinar por lo que entendemos que, en principio, es aplicable a todas las situaciones con las matizaciones que exponemos seguidamente.

Cuando el acreedor, mediante el correspondiente incidente concursal, ejercite la acción resolutoria de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento —ya sea a cargo del concursado o de la otra parte o por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes o de incumplimiento anterior a la declaración de concurso para los contratos de trato sucesivo—, no puede tomarse esta acción resolutoria como supuesto para la postergación del crédito.

Otra cuestión es el cumplimiento forzoso del contrato cuando, existiendo causa de resolución, el juez acuerda el cumplimiento del contrato con prestaciones a cargo de la masa y todo ello en interés del concurso (artículo 62.3 LC). Es incontestable que el cumplimiento forzoso por una imposición judicial no puede equipararse a un acuerdo de voluntades, que es la base fundamental de todo contrato, pero creemos que la oposición al cumplimiento forzoso del contrato mediante el ejercicio de las pertinentes excepciones procesales o de fondo no es, por sí misma, una obstaculización por tratarse del ejercicio de derechos legítimos.

No así, en cambio, el incumplimiento posterior después de declararse judicialmente la obligatoriedad de seguir con el contrato, lo que sí supone, efectivamente, una obstaculización más que nada porque ya no se trata de la existencia o no de un contrato determinado sino de una imposición judicial⁴⁶¹.

Otra cuestión que se puede plantear es la de si podría entrar en el supuesto de obstaculización reiterada aquel acreedor con garantía real sobre bienes del concursado que sean necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, que inste la ejecución forzosa de su garantía antes de la aprobación de un convenio o transcurra un año de la declaración del concurso sin que se haya procedido a la apertura de la fase de liquidación.

Dejando al margen, por el momento, la exigencia de reiteración, creemos que podría entenderse que la ejecución de tales garantías reales fuera del ámbito restrictivo del artículo 56.6 LC podría dar lugar a la postergación del crédito al no respetarse la exigencia legal que veda el inicio de una ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Y dada la taxatividad el precepto podría incluso —aun a riesgo de forzar una interpretación analógica extensiva— prescindir de la «reiteración» (que, a la postre, equivale a contumacia o rebeldía procesal) y declararse la postergación y subordinación del crédito.

Otro tanto cabría preguntarse respecto al ejercicio de la acción de recuperación de los bienes con reserva de dominio inscritos en el registro de bienes muebles, o del ejercicio de una acción resolutoria de la venta de un inmueble. La postura de la Ley concursal es clara en este sentido obligando a la suspensión de tales

⁴⁶¹ MAIRATA COROMINAS, JAIME, en «El privilegio específico del art. 62.3, de la Ley concursal...», *op. cit.*, pág. 225: «En el supuesto comentado, no existe un contrato que se mantuvo en vigor tras la declaración del concurso, sino ante una «imposición judicial» al acreedor del cumplimiento de las prestaciones comprometidas en dicho contrato, pese a no existir propiamente —en palabras de la propia sentencia— un contrato que continuó en vigor tras la declaración del concurso»: por lo que no sería aplicable el art. 62.3, al no existir un contrato mantenido en vigor tras el concurso pese a existir causa resolutoria».

pretensiones, por lo que no cabe duda de que de ejercitarse una acción de esta índole, al margen de lo previsto legalmente, constituiría un ejercicio abusivo del derecho⁴⁶². Esta restricción no alcanza al acreedor hipotecario en el concurso del hipotecante que no sea deudor, quien responde del crédito pero, en puridad, no tiene deuda ninguna y ni siquiera es un crédito concursal. Al acreedor hipotecario titular de esta garantía no se le aplican los artículos 55.1 y siguientes LC, cuyos preceptos están pensados para los acreedores del concursado. El acreedor hipotecario en el concurso del hipotecante no deudor no tiene la condición de acreedor de concurso, por lo que es imposible, desde la óptica concursal, que la ejecución de la garantía real llegue a considerarse una obstaculización en el cumplimiento del contrato⁴⁶³.

En el caso de una rehabilitación de créditos del artículo 68 LC, el acreedor puede oponerse a tal rehabilitación únicamente en el supuesto de que antes de la apertura del concurso ya hubiese iniciado acciones para reclamar el pago, ya sea contra el propio concursado o contra los otros fiadores o deudores solidarios. Por tanto, fuera de este supuesto, es decir, cuando un acreedor se oponga a la rehabilitación del contrato sin haber iniciado antes las acciones, es claro que se abre un cauce para la aplicación del criterio de subordinación por obstaculización en el cumplimiento del contrato. Este criterio es igualmente aplicable a la rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado y que implica el pago de las cantidades debidas y de los plazos futuros, según decisión de la administración concursal en este sentido; por ello, oponerse a la rehabilitación bajo estas premisas carece de sentido y se consideraría (por los mismos argumentos que hemos expuesto en los párrafos precedentes) abuso del

⁴⁶² Siempre que la administración concursal no opte por satisfacer estos créditos privilegiados con cargo a la masa (artículo 155. 2 LC).

⁴⁶³ Auto del JM nº 9 de Barcelona: «Tal conclusión se extrae de la lectura del artículo 55 párrafo primero de la LC que dispone lo siguiente: "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones contra el patrimonio del deudor". A sensu contrario, la declaración de concurso no afectará a las ejecuciones que se dirijan contra el patrimonio de la concursada si ésta no ostenta la condición de deudor, como es el caso del "hipotecante no deudor"».

derecho y mala fe procesal y por ello como una obstaculización al cumplimiento del contrato.

4.1. Posibilidad de subordinar créditos contra la masa.

En principio la subordinación de los créditos, sea cual sea su origen, es únicamente factible respecto aquellos créditos que tengan la naturaleza jurídica de crédito concursal, aunque el artículo 84 LC defina la masa pasiva como aquellos créditos del deudor que no tienen la consideración de créditos contra la masa. Por ello no podría existir crédito contra la masa subordinado, aspecto que se reafirma en el artículo 89.1 LC al detallar las clases de créditos incluidos en la lista de acreedores y su clasificación a efectos concursales estableciendo las tres categorías de privilegiados, ordinarios y subordinados.

La conclusión de que los créditos contra la masa, en el supuesto del incumpliendo reiterado del artículo 92.7º LC, no pueden degradarse a subordinados es una cuestión discutida y en la que no está de acuerdo la totalidad de la doctrina. En primer lugar, el artículo 92 LC no distingue palmariamente esta situación aunque hay razones de peso para interpretar el precepto y sus concordantes de forma sistemática —y concluir lo contrario—, ya que la definición de crédito contra la masa está referenciada y ubicada en la Sección 1ª del capítulo III del libro IV, (de hecho el artículo 84 LC, a pesar de titularse «créditos concursales y créditos contra la masa» no es más que un catálogo detallado de los créditos contra la masa), mientras la definición de crédito concursal y crédito subordinado están en la Sección 3ª.

Las teorías contrarias a la degradación subordinatoria de los créditos contra la masa basan su argumentación en el hecho de que tales créditos tienen como objetivo el no perjudicar a quienes contraten con el concursado durante el concurso, por lo que la subordinación de estos créditos representaría un perjuicio inasumible y contrario a la finalidad conservativa del concurso de acreedores. No es muy consistente el argumento dada la multiplicidad de relaciones jurídi-

cas con sus efectos propios y diferenciados que pueden darse durante el concurso.

Otro argumento —este sí más contundente— es el de que el crédito contra la masa no es, en realidad, un crédito concursal a pesar de lo dispuesto en el artículo 89 LC que solo habla de las clases de créditos pero no de su condición⁴⁶⁴. Es de destacar que en toda la Ley concursal no existe ningún concepto expreso que imposibilite subordinar créditos contra la masa. La variedad de créditos que contiene el artículo 84 LC tiene como nota característica y común el hecho de que se originan después de la declaración del concurso. Es decir, son créditos que nacen como consecuencia de la continuación de la actividad del concursado⁴⁶⁵.

En cualquier caso la obstaculización reiterada del cumplimiento de las obligaciones por el acreedor tiene una dosis de ilicitud que hace que la acción de subordinación alcance también a los créditos contra la masa, ya que, repetimos, la ley no lo diferencia de forma expresa (*ubi lex non distinguit non distinguere debemus*), por lo que nos decantamos por la posibilidad de subordinación de estos créditos. Además, no podemos sustraernos al hecho de que el fundamento teleológico del artículo 92.7º LC encuentra su plena realización en la aplicación de este criterio en el incumplimiento de las prestaciones con cargo a la

⁴⁶⁴ La SAP de Zaragoza de 5 de octubre de 2011 señala que «el crédito contra la masa no es propiamente un crédito del concurso, como se deduce de la propia calificación y definición que hace el artículo 89 L.C. y de la estructura de la lista de acreedores que ha de hacer la administración concursal (art. 94 L.C.), según la cual los créditos contra la masa se detallarán en "relación separada" y respecto a los devengados y aún pendientes de pago».

⁴⁶⁵ NAVARRO CASTRO, MANUEL, *Los créditos contra la masa...*, *op. cit.*, págs. 20-21; CANO MARCO, FRANCISCO, «El pago de los créditos contra la masa...» *op. cit.*, págs. 815-816, señala que los créditos contra la masa «se caracterizan por hacer que procedimiento concursal llegue a su fin [...] El efectivo, y en algunos casos, urgente abono de los distintos créditos contra la masa es esencial para la efectividad del concurso, bien porque se refieren a gastos necesarios para la propia tramitación del concurso o bien porque se refieren a gastos necesarios para la propia continuidad de la empresa durante la tramitación del concurso»; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, ANA, *Los efectos de la declaración de concurso...*, *op. cit.*, pág. 409.

masa⁴⁶⁶. También el correcto entendimiento del artículo 92 LC nos conduce a que cualquier crédito, con independencia de su naturaleza jurídica, puede ser subordinado si se dan las exigencias del artículo 92 LC y afecta tanto a los créditos tardíamente comunicados como a las multas y sanciones o a los créditos derivados de una rescisión contractual⁴⁶⁷.

En lo tocante a la posibilidad de subordinar créditos contra la masa la jurisprudencia no lo ha visto, en general, con buenos ojos, encastillándose en que los créditos subordinables sólo son los que la ley considera como concursales (los estatuidos en el artículo 89 LC), aunque algún sector de la doctrina se ha mostrado favorable⁴⁶⁸ con fundamento en el criterio de que la no subordinación de un crédito contra la masa de un acreedor que, por un medio u otro, haya obstaculizado reiteradamente el cumplimiento del contrato —nótese que no es necesario «el fracaso» del contrato: sólo la obstaculización de su cumplimiento— estaría cobijando un enriquecimiento injusto y un perjuicio a los intereses del concurso.

4.2. Subordinabilidad de las indemnizaciones.

En el mismo sentido podríamos hablar de aquellas indemnizaciones a que tenga derecho el acreedor por la resolución del contrato tanto por incumplimiento contractual como por una resolución decretada en interés del concurso (artículo

⁴⁶⁶ Véase, aunque no propiamente en esta línea, BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, «Créditos concursales...», *op. cit.*, pág. 1501.

⁴⁶⁷ En tal sentido MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, ANA, *Los efectos de la declaración...*, *op. cit.*, pág. 410, para quien «...sin embargo, pueden existir créditos contra la masa que nazcan antes de la declaración de concurso, y sean exigibles con posterioridad (v. gr. los que surgen de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento), e incluso que se califique de créditos contra la masa créditos nacidos y exigibles antes de la declaración de concurso».

⁴⁶⁸ Se pronuncia en sentido favorable FERNÁNDEZ PÉREZ, NURIA, en su trabajo «Acercas de la posibilidad de alterar el vencimiento...», *op. cit.*, pág. 853, al señalar: «Así, los créditos contra la masa derivados de los supuestos de continuación de los contratos durante el concurso pasarán a considerarse créditos subordinados de último rango si se constata la existencia de una obstaculización de la parte *in bonis* al cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso».

61.2, párrafo 2º LC). Establecida la resolución y fijadas las restituciones procedentes con cargo a la masa, si el acreedor obstaculiza su cumplimiento es aplicable el artículo 92 7º LC, degradando el crédito conformado por las restituciones e indemnizaciones con cargo a la masa al rango de subordinado.

No obstante, este efecto degradatorio no operaría en los contratos de tracto sucesivo, ya que este tipo de contratos se cumplen por períodos temporales y de forma continuada; las obligaciones recíprocas se van cumpliendo en cada plazo, de ahí que su resolución contractual solo tiene sentido frente a las prestaciones futuras, con lo que es evidente que no se puede hablar de indemnizaciones o restituciones⁴⁶⁹. En línea con lo que hemos expuesto, no debemos ocultar que el artículo 92 7º LC se refiere expresamente a créditos derivados de contratos con obligaciones recíprocas y sinalagmáticas, y las indemnizaciones no derivan directamente de esta relación jurídica sino del incumplimiento contractual. El crédito nacido de una indemnización lo es con cargo a la masa y no es crédito concursal y opera desde la finalización, por cualquier forma, del contrato.

Es materia pacífica que en la vida del contrato coexisten varias fases desde el inicio hasta su consumación⁴⁷⁰. Acerca del perfeccionamiento del contrato, el artículo 1258 CC nos enseña que los contratos se perfeccionan por el mero

⁴⁶⁹ La STS de 19 de julio de 2016 nos ilustra que: «[...] los contratos de tracto sucesivo requieren de modo esencial del tiempo para su cumplimiento, de tal forma que, una vez celebrado el contrato que sirve de marco para la relación contractual, nacen obligaciones para ambas partes de modo sucesivo, periódico o continuado. En estos periodos de tiempo, ambas partes de manera recíproca ven parcialmente satisfecho su interés, en cierto modo independiente de los demás periodos del contrato [...]. Y de ahí que no tenga sentido un efecto restitutorio asociado a la resolución, pues la eficacia de la resolución es *ex nunc* y no *ex tunc*».

⁴⁷⁰ La STS de 18 de enero de 1964 ya señalaba que «[...] en la vida del contrato existen tres fases o momentos principales, que son la generación, la perfección y la consumación, comprendiendo la primera los tratos, negociaciones o conversaciones preliminares, y cuando la voluntad, consciente y libremente emitida, es aceptada por la persona a quien se dirige dicha declaración, se produce la perfección del contrato, el nacimiento de ésta a la vida jurídica, cual proclama el artículo 1254 del Código Civil, del que, y de los artículos 1258 y 1262, se evidencia que dicha perfección surge de la simple concurrencia del consentimiento, de la coincidencia de las dos declaraciones de voluntad, recíprocas y sucesivas, que genera el acto jurídico bilateral».

consentimiento manifestado por la concurrencia de voluntades (también artículo 1262 CC). Pero la consumación es algo diferente: en el contrato de compraventa *verbi gratia* la consumación es la entrega de la cosa y el contrato puede ser perfeccionado con anterioridad, según el artículo 1450 CC, y dicha consumación solo se produce cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes⁴⁷¹.

El contrato se perfecciona en el momento en que nace y son exigibles las obligaciones; la ejecución es la fase contractual en la que se realizan o cumplen las prestaciones⁴⁷². El crédito contractual es algo único y deriva tanto de la perfección del contrato como del cumplimiento de las consecuencias que origine este. El artículo 1258 CC indica que los contratos obligan a las partes desde su perfección, y no solo al cumplimiento de lo pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso o a la ley. Aquí el principio de buena fe interviene como una función integradora del contrato y pilar básico del compromiso de las partes en respetar tanto el contrato en sí como las consecuencias del mismo⁴⁷³.

⁴⁷¹ Sobre el concepto de consumación del contrato —por otra parte muy estudiado ya por la jurisprudencia— puede verse la STS de 11 de junio de 2003 en un supuesto de error o falsedad de la causa, señalando que «[...] el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato [...] consumación que debe entenderse cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes». También resalta este criterio FERNÁNDEZ BENAVIDES, MIGUEL en «Participaciones Preferentes: aproximación al problema y primeras respuestas de la jurisprudencia civil», *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, Universidad de Castilla-La Mancha, nº 4, 2012.

⁴⁷² Véase ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL *Derecho Civil II*, *op. cit.*, pág. 149.

⁴⁷³ Sobre esta función integradora es interesante el trabajo de LACAYO ARANA, MARÍA ALEJANDRA, *La buena fe en el control de incorporación...*, *op. cit.*: «La Ley de Condiciones Generales ha plasmado la buena fe —entre otras cosas— como un deber de transparencia materializado en los requisitos de incorporación, cuya función reside en ser garantes del consentimiento. En este contexto la buena fe impide que pasen a formar parte del contrato aquellas cláusulas que no han sido conocidas, ya sea por no cumplir los requisitos de transparencia, claridad y legibilidad que el mismo principio exige, o ya sea por ocultar directamente o no incluir en el contenido contractual, información relevante para la formación del consentimiento».

No obstante, los contratos con obligaciones recíprocas deben entenderse de forma omnicomprendiva, sin distinguir entre las fases contractuales, por lo que una indemnización por incumplimiento en fase de consumación se considera un crédito derivado de un único contrato. La Ley concursal no entra en estos detalles, pero el Código civil nos enseña que el contrato finaliza con su consumación cuando trata, por ejemplo, de la caducidad de las acciones por nulidad contractual por error o falsedad en la causa cuyo plazo empieza a contarse desde la consumación del contrato (artículos 1301 y 1304 CC)⁴⁷⁴. El incumplimiento del contrato es una dislocación del derecho de crédito y puede ser total, defectuoso, inexacto, parcial o definitivo. En las obligaciones recíprocas el artículo 1124 CC opera en sede concursal de forma distinta ya que no es factible escoger entre el cumplimiento o la resolución, sin perjuicio de que, a tenor del artículo 61.2 LC, este tipo de contratos sean susceptibles de resolución siendo el juez quien fija las restituciones e indemnizaciones que procedan.

Pues bien, tomando en consideración estos antecedentes legales, el precepto del artículo 92 7º LC nos conduce a interpretar que las indemnizaciones derivadas de la resolución de un contrato en el que se aprecie que el acreedor ha obstaculizado su cumplimiento pueden ser perfectamente degradadas a crédito subordinado, siempre que, a efectos resolutorios, sea la administración concursal quien aconseje su resolución en interés del concurso.

5. El supuesto de obstaculización a la resolución del contrato.

⁴⁷⁴ En el caso concreto del artículo 1304 CC, la caducidad y la prescripción han dado lugar a doctrinas contradictorias de los tribunales. La STS de 6 septiembre de 2006 se decanta por la tesis de la prescripción: «[...]en cuanto a la excepción de transcurso del plazo de 4 años fijado en el artículo 1304 del Código Civil, ha de tenerse en cuenta, por un lado, que se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad, tal y como ha mantenido el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de marzo de 1.987, al negar la posibilidad de que pueda ser apreciada de oficio por el juzgador (contrariamente a la caducidad), y en Sentencia de fecha de 27 de marzo de 1989, al apreciar la posibilidad de interrupción del plazo [...]».

Más allá de la obstaculización al cumplimiento del contrato pueden darse casos de «obstaculización de la resolución», lo que quizá obligue una interpretación analógica del artículo 92.7 LC, tal como han señalado algunos autores y también algunas sentencias —no sin ciertas reticencias— al decretar la subordinación de un crédito respecto del cual el acreedor se ha resistido a su resolución en sede concursal⁴⁷⁵.

El supuesto específico que comentamos se trata en la STS del Juzgado Mercantil nº 1 de Bilbao de 26 de octubre de 2009⁴⁷⁶ en la que la sociedad acreedora, titular de un contrato de *leasing*, se opuso a la resolución del contrato en interés del concurso, siendo considerada esta postura como abusiva y de mala fe por cuanto su interés manifiesto era el generar nuevos créditos contra la masa. La sentencia aplica de forma analógica el artículo 73.3 LC, anudando a él las consecuencias del artículo 92.7 LC, decisión, a nuestro criterio, algo arriesgada aunque eficaz, por tratarse de figuras jurídicas diferentes⁴⁷⁷; de hecho no se dan

⁴⁷⁵ Tema tratado en el trabajo de MARÍN DE LA BÁRCENA, FERNANDO «La obstaculización del cumplimiento de contratos...», *op. cit.*, sobre la posible aplicación analógica del artículo 92.7 LC a la obstaculización en la fase de cumplimiento o de ejecución o resolución del contrato.

⁴⁷⁶ La sentencia razona que «la renuencia del banco, pese a conocer que se producía el cese de la actividad y la solicitud de liquidación, a conceder la resolución pactada, en términos que le hubieran supuesto ventajas, justifican la subordinación de los mismos, optando por una solución análoga a la prevista en el art. 73.3 LC para las consecuencias de las reintegraciones [...] pues la oposición a la resolución del contrato, a sabiendas de su inutilidad para el concursado y los demás acreedores, aprovechándose de la dilación que todo incidente procesal ocasiona, que le reporta el beneficio de la percepción de las cuotas como créditos contra la masa que podrían haberse evitado, justifican la apreciación de una conducta abusiva, que no merece amparo».

⁴⁷⁷ El artículo 4.1 CC admite la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Es el parecido, la semejanza, la similitud entre el caso no previsto y el previsto legalmente lo que legitima la analogía (la «identidad de razón» de que habla la doctrina). El TC (STC 148/1988, de 14 de julio) admite la analogía en base al artículo 4.1 CC únicamente cuando haya una laguna legal manifiesta (*analogia legis*). La STS de 12 de septiembre 2005, aclara que «a diferencia de la *analogia legis*, en la técnica de la *analogia iuris* no se parte para la aplicación analógica de una sola norma, ni se procede de lo particular a lo particular, sino que partiendo de una serie o conjunto de normas, se trata de deducir de ellas un principio general del Derecho a partir de un conjunto de preceptos de los que extrae, por inducción, su principio inspirador y lo aplica al caso no regulado».

de forma clara dos supuestos de hecho análogos: el artículo 73.3 LC se concentra en la rescisión contractual y en sus efectos restitutorios, mientras que el 92.7 LC lo hace en el comportamiento antijurídico de quien, sin razón alguna, impide el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, estos escrúpulos no nos pueden hacer olvidar la función integradora de la buena fe contractual a que nos remite el artículo 1258 CC, verdadera declaración de principios sobre el comportamiento correcto de las partes en el contrato y, en cierta forma, independiente de la autonomía privada al ser un deber de comportamiento impuesto durante toda la vida del contrato.

5.1. Rescisión y resolución contractual: figuras jurídicas no coincidentes que dificultan la aplicación analógica del artículo 73.3 LC para subordinar el crédito en caso de oposición a la resolución del contrato en sede concursal.

El artículo 73.3 LC contempla los efectos de la acción rescisoria concursal del artículo 71 LC, que regula la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso. El efecto propio de la acción rescisoria concursal es la ineficacia del contrato y la reintegración de las prestaciones con sus frutos e intereses, y con la consideración del crédito que resulte a favor del acreedor como crédito contra la masa, excepto —y esta excepción es la que, de hecho se aplica analógicamente— que se aprecie mala fe en el acreedor, lo que imperativamente conduce a la subordinación del crédito, y cuya *ratio legis* procede de la especial importancia que la Ley concursal concede a los perjuicios a la masa activa del concurso⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ Como sostiene PALAO UCEDA, JUAN en «Las acciones de rescisión...», *op. cit.*: «[la Ley concursal] en lugar de tener puesta la atención en el demérito irrogado a la masa pasiva (comunidad de acreedores), se fija en el demérito ocasionado a la masa activa».

No obstante, la rescisión contractual en el Código civil —artículos 1290 a 1299— se refiere a contratos válidamente concertados y rescindibles por causas establecidas por la ley y distintas, obviamente, de la nulidad o ineficacia prevista en el artículo 1300 CC para los contratos que adolezcan de vicios sobre los requisitos exigidos por el artículo 1261 CC. El contrato rescindible es un contrato celebrado de forma válida pero que produce un perjuicio a una de las partes y no existe otro recurso para sanar la situación injusta creada, lo que subraya el carácter subsidiario de la acción rescisoria (artículo 1294 CC).

La rescisión exige la devolución de las cosas objeto del contrato con sus frutos e intereses y solo puede tener lugar cuando puedan devolverse las prestaciones, siendo sustituida por los daños y perjuicios que procedan en caso de imposibilidad de devolución o de hallarse la cosa en poder de un tercero y que la haga irreivindicable (artículo 1295 CC)⁴⁷⁹.

La figura de la resolución contractual, sin embargo, es distinta. La resolución de un contrato no deja de ser una extinción sobrevenida de la relación contractual, ya sea por voluntad de uno de los contratantes o del ejercicio de una concreta acción judicial, en ambos casos debidamente fundada, lo que excluye el mero arbitrio de los contratantes por respeto al principio tradicional en nuestro ordenamiento jurídico de *pacta sunt servanda*.

Si bien el Código civil protege la posibilidad de desvincularse de una relación obligatoria en determinados casos, no es el código uniforme en su presentación y sistematización por cuanto habla indiscriminadamente de resolución, rescisión, revocación o anulación. Con carácter ordinario, el artículo 1124 CC posibilita la resolución de las obligaciones bilaterales cuando una de las partes no cumple lo que le incumbe, aunque se dan otros casos más allá de la mera bilateralidad⁴⁸⁰. Como puede verse, los contornos de la figura de la resolución con-

⁴⁸⁰ Por ejemplo, la anulación de la compraventa de un inmueble en relación con la cabida de los artículos 1469, 1470 y 1471CC; el desistimiento por saneamiento en la compraventa del artículo 1486 CC; la posibilidad de resolución de la compraventa por las causas generales del derecho de obligaciones o por retracto, convencional o legal; la rescisión (aquí plenamente sinónimo de resolución) del contrato de arrendamiento por

tractual no son diáfanos, por lo que la resolución de los contratos se reduce doctrinalmente a dos supuestos paradigmáticos: la resolución de las obligaciones recíprocas (artículo 1124 CC) y la resolución por alteración sobrevenida de las circunstancias que se daban en el momento de contratar.

A la vista de todo lo dicho —y ya apuntado en el apartado anterior— creemos que no es posible justificar una interpretación analógica que determine la subordinación sin más del crédito del acreedor en el caso de que obstaculice la resolución del contrato. De *lege data* no existe precepto alguno que lo autorice, pero tampoco es una laguna legal. El acreedor que se oponga a que se resuelva un contrato en sede concursal puede ser condenado a la resolución, pero los efectos previstos para la rescisión contractual en caso de mala fe no pueden hacerse extensivos a la oposición a una resolución de contrato, aunque exista de hecho esta mala fe en el acreedor. En definitiva, en este caso, se trataría de una condena a indemnizar por los daños y perjuicios⁴⁸¹ que la conducta anti-jurídica del acreedor, tamizada por la mala fe, causase en la masa activa del concurso, pero de ahí a postergar su crédito hay una distancia insalvable.

5.2. Requisitos de aplicabilidad: irrelevancia del cumplimiento del contrato y primacía del principio de obstaculización.

Mientras que el artículo 61 LC está enfocado a la resolución contractual en interés del concurso y en favor de los acreedores, el artículo 62 LC no deja de ser una acción resolutoria por incumplimiento que impide el fin del contrato. Importa ahora analizar si cuando se ejercite la resolución del contrato se puede aplicar la subordinación del artículo 92.7 LC, o sea, si existe o es compatible la acción resolutoria y la postergación del crédito por obstaculización reiterada del cumplimiento del contrato.

el arrendador o arrendatario del artículo 1556 CC, o por la pérdida de la cosa arrendada del artículo 1568 CC; o el desistimiento del contrato de obra del artículo 1594 CC.

⁴⁸¹ La oposición del acreedor de mala fe a una resolución contractual originaría, a los sumo, una responsabilidad por daños extracontractual (la oposición a la resolución no es un elemento jurídico que forme parte del contrato en sí) del artículo 1902 CC.

Puede que el acreedor tenga otros intereses distintos de la eficacia de la resolución por incumplimiento y que le interese, simplemente, la obtención de determinadas restituciones, (especialmente si el crédito es posterior al concurso, lo que se hará con cargo a la masa) y la percepción de los daños y perjuicios que sean procedentes (artículos 1101,1124, 1504, 1303 CC), todo ello con la finalidad de eliminar del procedimiento concursal el contrato en vías de cumplimiento, resolución que afecta incluso cuando se efectúe en interés del concurso⁴⁸².

La Ley concursal no hace referencia al supuesto de compatibilidad entre la resolución del contrato del artículo 62 LC con la degradación del crédito que se derive de la devolución de aquellas prestaciones recíprocas. Para comprender el mecanismo subrogatorio podemos acudir al propio artículo 92.7º LC que, entre líneas, nos viene a decir que varios tipos de contratos o, mejor dicho, cada actuación del acreedor, implica una determinada dosis de mala fe en el sentido de que el acreedor está actuando en contra del interés concursal y por lo tanto en abierta confrontación con el artículo 62 LC.

El Real Decreto-ley 3/2009 de 27 de marzo de Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución económica, introdujo, a través de su artículo 9, la modificación del artículo 92 LC, relativo a la subordinación del crédito. En sus apartados 1 y 2 se modificó el artículo 87 LC en sus apartados 2 y 6, relativos, el primero, al crédito de derecho público de las Administraciones públicas para calificarlos como contingentes hasta su cuantificación dándoseles luego la calificación que corresponda, y, el segundo, a los créditos del acreedor que disponga de fianza de un tercero, que deberán reconocerse sin limitación alguna, sin perjuicio de substituir el titular del crédito en caso de pago por el fiador.

⁴⁸² MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, ANA, *Los efectos de la declaración...*, *op. cit.*, pág. 233, expresa que «[...] si decretada la resolución del contrato en "interés del concurso", las partes han realizado alguna prestación de las recíprocas a su cargo, tendrán también un derecho de restitución recíproco».

Pero es en el apartado 3 donde se establece la sanción degradatoria, por lo que el legislador, en este caso, era perfectamente consciente de su carácter de sanción civil. Por ello, en la disposición transitoria quinta del Real Decreto 3/2009 se dispone que el artículo 9 se aplicará a los concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor, mientras que el apartado 1 y 2 del artículo 9 (que no afectan a la sanción subordinatoria) son de aplicación a los procedimientos concursales que ya estaban en tramitación a la fecha de su entrada en vigor. Creemos que el legislador, con esta prevención legal, evita que se produzcan situaciones de hecho no cubiertas por una norma sancionadora, impidiendo disfunciones como sería la aplicación de la sanción degradatoria del artículo 9 tres del Real Decreto 3/2009, que supondría en realidad la aplicación de una nueva norma sancionadora con carácter retroactivo, lo que no es admisible.

6. Posición del titular del crédito subordinable.

6.1. Ámbito objetivo de la sanción subordinatoria.

En cuanto al ámbito objetivo de los contratos o créditos a los que afecta el precepto, es indiscutible que son aquellos de los que sea titular la persona que realice los actos jurídicos ilícitos y obstaculizadores, y los contratos incluidos en los artículos 61, 62, 68 y 69 LC, es decir contratos que contengan un sinalagma para las partes que les obligue al cumplimiento de obligaciones con carácter recíproco. Si no se cumplen estos requisitos objetivos no se puede aplicar la norma subordinatoria porque a los contratos que no sean sinalagmáticos o rehabilitados o contratos rehabilitados de adquisición de bienes con precio aplazado no se puede imponer la subordinación del crédito, aunque una de las partes obstaculice reiteradamente su cumplimiento.

El ámbito objetivo no alcanza a los contratos que no contengan obligaciones recíprocas, por ejemplo, los contratos de tacto único o los de fijación y opción de compra y aquellos que en cuanto se declare el concurso solo estuviesen pendientes de cumplimiento las obligaciones por parte del concursado. Nos

preguntamos si en el caso de que el crédito derivado del contrato obstaculizado ya fuese, por sí mismo, subordinado, si la aplicación de esta norma hará bajar de rango al propio crédito dentro del catálogo de los subordinados. La Ley concursal no proporciona ninguna clave para la solución de este problema ni tampoco de si es posible subordinar todos los créditos del acreedor que haya obstaculizado un contrato determinado. Nos referimos al supuesto de que un mismo acreedor sea titular de varios créditos (no necesariamente homogéneos) y obstaculice uno cualquiera de ellos. No deja de ser cierta la conveniencia o necesidad, por el bien del concurso, de que se subordinen todos los créditos del acreedor obstaculizador ya que este actúa con evidente mala fe y en clara contraposición a los intereses del concurso. Sin embargo no creemos que este sea el fin último de la norma ya que ésta solo debe circunscribirse a los aspectos concretos de un contrato obstaculizado y no a la idiosincrasia del acreedor o su especial mala fe en el seno del concurso. El acreedor puede obstaculizar uno cualquiera de los contratos sin obstaculizar los otros, por lo que, en principio, no parece que exista fundamentación legal alguna para extender la eficacia de la sanción a todo el conjunto de los créditos del acreedor que actúe de forma ilícita respecto de uno cualquiera de sus créditos. Se trataría de una extensión no permitida de la eficacia de la norma, represora ya de por sí, en base a una interpretación teleológica extensiva que no justifica una aplicación analógica⁴⁸³.

6.2. Ámbito subjetivo de la sanción subordinatoria.

No es tan sencillo delimitar, en algunas ocasiones, el ámbito subjetivo de la obstaculización. Pensemos, por ejemplo, en el caso de un acreedor que no cumpla con su contraprestación porque el deudor no ha cumplido a su vez con la suya. Aquí no se da ninguna obstaculización al cumplimiento del contrato

⁴⁸³ Cfr. la opinión contraria de SANJUÁN y MUÑOZ, ENRIQUE, en «La subordinación del crédito...», *op. cit.*, pág. 353 que afirma: «[...] la aplicación de la subordinación del art. 97.2 LC nos lleva a considerar no sólo la posibilidad de subordinar los créditos derivados del contrato obstaculizados, sino también de otros contratos y de otros créditos del mismo acreedor».

por parte del acreedor; se trata de un supuesto de *exceptio non adimpeti contractus* en el que no se puede responsabilizar al acreedor por no cumplir con su prestación y, *mutatis mutandis*, achacarle la obstaculización del cumplimiento del contrato cuando es el propio deudor concursado quien no ha cumplido con su obligación.

Cosa distinta sucede respecto de la *mora accipiendi* del acreedor, es decir, que el deudor concursado intente cumplir con su obligación y sea el acreedor titular del crédito quien impida u obstaculice este cumplimiento. Tengamos en cuenta que el Código civil no contiene una específica y sistemática regulación de la mora del acreedor, aunque se refiere a ella en diversos pasajes, por ejemplo, al hablar de ofrecimiento de pago y consignación (artículos 1176 a 1181 CC) en los que se libera al deudor de responsabilidad si el acreedor se niega a recibir la cosa⁴⁸⁴. Otro tanto sucede con la pérdida de la cosa⁴⁸⁵, eximiendo al deudor de su pago si la ha ofrecido al acreedor y este se hubiese negado sin razón a aceptarla (artículo 1185 CC). O la causación de daños a la cosa vendida (artículo 1452 CC) y la resolución de la compraventa de bienes e inmuebles si el comprador no los ha recibido ni manifestado nada al vendedor (artículo 1505 CC).

Para que la *mora accipiendi* pueda conceptuarse como obstaculización del contrato es preciso que la obligación haya vencido, y que el deudor haya hecho el ofrecimiento de pago y esté en disposición de realizar todas las prestaciones que conlleva la propia obligación, amén de no existir justificación legal alguna

⁴⁸⁴ CABALLERO LOZANO, JOSÉ, *La mora del acreedor*, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, pág. 146, señala como ejemplos: «La oferta regular realizada en un tiempo o lugar en los cuales la cooperación sea gravosa, difícil, o imposible para el acreedor, cuando el deudor puede intentar, sin dificultad, la ejecución de la prestación en otras circunstancias idóneas o cuando el acreedor se expone a un riesgo sobre su persona o bienes, si recibe el pago o coopera». Ver también CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil español...*, *op. cit.*, págs. 166-167.

⁴⁸⁵ La STS de 30 de mayo de 1986 establece que «La falta de cooperación por parte del acreedor sin justificación legal alguna al cumplimiento de la obligación, determinando con ello su incumplimiento, figura ésta de la "mora accipiendi" cuyos efectos principales son, no sólo la exclusión de la mora del deudor, sino también la atribución al acreedor del riesgo de la pérdida de la cosa». En un sentido análogo la STS de de 13 de mayo de 1996.

por parte del acreedor para rechazar la prestación. No se precisa culpa en ninguna de sus formas o grados bastando la propia negativa de acuerdo con los artículos 1176 y 1185 CC.

Los efectos que produce la *mora accipiendi* frente al deudor que hace el ofrecimiento de pago y consigna la cosa determinan que este quede exento de responsabilidad⁴⁸⁶. En sede concursal es obvio que ello determinará automáticamente la subordinación del crédito del acreedor y la consignación judicial del contenido económico, el cual deberá permanecer consignado hasta la conclusión del concurso constituyendo una parte de la masa activa del concurso y a resultas del convenio o liquidación, quedando eximido el deudor de las consecuencias de la posible «pérdida» de la cosa, en este caso por subordinación del crédito⁴⁸⁷.

En resumen, cuando el acreedor no cumple con su contraprestación porque el deudor no ha cumplido, a su vez, con la suya no se puede hablar de obstaculización al cumplimiento del contrato por parte del acreedor⁴⁸⁸, cosa distinta, obviamente, de cuando el acreedor titular del crédito impide que el deudor concursado cumpla con su obligación.

6.3. **Ámbito temporal.**

⁴⁸⁶ La SAP de Madrid, Sección 13ª, de 16 de marzo de 2011 nos recuerda que la consignación es el medio de que dispone el deudor para el cumplimiento de una obligación cuando el acreedor se niegue a recibir la prestación «[...] tratándose de un acto complejo, supletorio del verdadero pago [...] en cuanto que el depósito refleja su eficacia sobre el acreedor», aunque todo ello queda sujeto a determinados requisitos como el ofrecimiento real de pago «de todo lo adeudado», y subsiguiente consignación.

⁴⁸⁷ En la legislación concursal anterior, la mora del acreedor era objeto de sanción civil con la pérdida de privilegios que establecía el artículo 1111 Ccom 1929, porque el acreedor, por privilegiado que fuese, no estaba eximido de insinuar su crédito en tiempo y forma.

⁴⁸⁸ ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La mora en las obligaciones...», *op. cit.*, págs. 9-31.

El ámbito temporal al que se circunscribe el artículo 92.7º LC es el de que la obstaculización ha de tener lugar, solo y exclusivamente, una vez haya sido declarado el concurso. Si el legislador hubiese querido dar cabida a un espacio temporal diferente o más amplio hubiese utilizado otras palabras distintas de la forma verbal «obstaculice» («haya» o «hubiese» obstaculizado, por ejemplo), por lo que, según esta interpretación gramatical, parece que debemos centrarnos en aquellas situaciones que se produzcan una vez declarado el concurso.

No obstante, creemos que no tiene demasiado sentido restringir la obstaculización al momento de la declaración del concurso o a actos posteriores, por lo que el precepto pide a gritos una interpretación algo más acorde con la realidad concursal y con los fines propios que la norma persigue. Así, en efecto, no nos parece razonable soslayar la subordinación del crédito de un acreedor que haya obstaculizado el cumplimiento del contrato con anterioridad al concurso, y que los efectos de esta acción obstructiva se produzcan o materialicen una vez declarado aquél. Esta solución interpretativa conduciría a evitar los efectos propios de la norma y a eludir las responsabilidades que la norma trata de regular.

Existen algunos ejemplos de la posibilidad de acudir a esta interpretación, como, sin ir más lejos, la consideración de personas relacionadas con el concursado persona jurídica que tienen los administradores de derecho, los liquidadores y los apoderados generales que lo hubiesen sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, a los cuales, una vez declarado este, les alcanza sin género de dudas, la sanción subordinatoria del artículo 93.2.2º LC, y sus créditos habrán de tener el carácter de subordinados, como dispone taxativamente el artículo 92.5º LC.

La escasa jurisprudencia dictada sobre la materia también parece decantarse por esta solución interpretativa, tomando como base la *ratio legis* del artículo 92.7º LC en la forma indicada, de forma que si la obstrucción tiene lugar antes de la declaración del concurso el acreedor no escapa a la sanción subordinato-

ria, siempre y cuando permanezca, persista o se produzca de forma eficaz en el momento posterior a la declaración⁴⁸⁹.

6.4. Posible intervención de terceros en el proceso obstaculizador a través del derecho de retención.

No hay en nuestro ordenamiento jurídico una definición expresa de lo que es el derecho de retención. En el Código civil existen diferentes pasajes que se refieren a la retención posesoria de los que podemos deducir, en una primera aproximación, que su naturaleza jurídica no es la de un privilegio frente al acreedor sino una variante de los pactos de garantía. Encontramos ejemplos del derecho de retención en el artículo 453 CC, sobre el derecho a abonar los gastos útiles y necesarios hechos en la cosa o en el 1730 CC sobre las cosas objeto de mandato con el fin de asegurar el pago de lo que acredite, o el clásico 1600 CC relativo a las obras efectuadas en cosa mueble, y también el 1866 CC sobre la cosa dada en prenda cuyo acreedor pignoraticio puede retenerla hasta que se le pague el crédito.

En el ámbito estrictamente civil el derecho de retención no puede equipararse ni siquiera a la prenda, ya que ésta tiene efectos *erga omnes* y lleva implícita la facultad de realizar el bien pignorado en caso de incumplimiento. Pero es indiscutible que el derecho de retención no da ninguna preferencia al acreedor que sea poseedor de la cosa respecto a los restantes acreedores ni la retención confiere la facultad de realización del bien entregado⁴⁹⁰. El derecho de retención —más allá del artículo 1600 CC que posibilita retener una cosa mueble

⁴⁸⁹ Véase, por ejemplo, la SJM nº 1 de Málaga de 16 de abril de 2014 en la que se advierte que «[...] teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el art 92.7 de la LC, el mismo obliga a entender que la obstaculización reiterada puede partir de un momento anterior a la declaración del concurso pero debe exigirse, al menos y en todo caso, que persista tras dicha declaración. Así, el término obstaculiza, complementado con la expresión de forma reiterada, atiende a una situación actual, por más que provenga de una situación anterior a la declaración de concurso».

⁴⁹⁰ Véase DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema...*, *op. cit.*, págs. 175 y ss.

hasta que se efectúe el pago de la obra realizada en ella— no goza de ningún privilegio a la hora de cobrar el crédito, aunque tiene un tratamiento particular y específico en sede concursal donde quiebran estas normas generales civiles.

Al margen de alguna teoría científica que considera al derecho de retención como un derecho eminentemente personal —teoría que hoy en día prácticamente no es seguida por nadie—, sobre la naturaleza jurídica del derecho de retención existen básicamente dos corrientes de pensamiento principales, una que considera al derecho de retención como un derecho de naturaleza real, y otra que lo conceptúa como un derecho mixto o especial⁴⁹¹.

Admitimos que el derecho de retención puede existir como «facultad» para que el acreedor se oponga a entregar la cosa retenida antes del cumplimiento de la obligación, aunque no para vender la cosa y satisfacer de esta manera el crédito. En términos generales el derecho de retención es una facultad que tiene quien posee un bien ajeno para retenerlo en su poder una vez llegue el momento de restituirlo, de forma que, si no hay satisfacción del crédito, nace una facultad posesoria en favor del acreedor. Se trata de un derecho accesorio y de garantía de que dispone el acreedor para conservar la cosa propiedad del deudor, y cuya posesión ostentará aquél hasta la satisfacción del crédito, siempre que esté directamente relacionado con la cosa. El derecho de retención no es un derecho real (como la prenda) ya que no otorga preferencia crediticia alguna ni otorga ninguna facultad ejecutiva: solo es un medio para forzar al deudor a realizar su pago. Es más, ni siquiera es un derecho en sí mismo sino más bien una excepción procesal; no es un *ius ad rem*, o sea, un derecho efectivo sobre aquella cosa que todavía no ha sido entregada pero que otorga la facultad de utilizar la cosa en tanto no sea entregada o se consolide el denominado *ius in re*, que es el dominio o derecho real auténtico.

6.4.1. El derecho de retención en sede concursal.

⁴⁹¹ La primera representada tradicionalmente por JOSÉ MARÍA MANRESA y la segunda por LUÍS DíEZ-PICAZO.

La posibilidad de utilizar el derecho de retención en sede concursal no figuraba en la primera redacción de la ley, lo que produjo en su momento alguna dificultad en su tratamiento; esta situación fue clarificada mediante la introducción del artículo 59 bis LC⁴⁹². No existía antes de la reforma un criterio definido sobre si la suspensión clásica inherente al derecho de retención era o no oponible en situaciones concursales, lo que dificultaba la legitimación de acreedor para retener el bien del deudor hasta el pago (que en este caso, teóricamente, debería ser contra la masa) de los gastos hechos en la cosa o por razón de ella o por los daños que haya ocasionado durante la posesión.

La normativa anterior a la reforma mantenía un silencio significativo respecto al derecho de retención a pesar de que era evidente que si el concurso acababa con la liquidación de la masa activa —de la que formaba parte el crédito objeto del derecho de retención— ello implicaba que todo el patrimonio debía liquidarse para hacer pago a los acreedores. Con la introducción del artículo 59 bis LC se establece de forma incontestable que, una vez declarado el concurso, no podrá ejercitarse el derecho de retención sobre bienes y derechos que conformen la masa activa del concurso. El retenedor o titular del derecho de retención recibirá su crédito (o la parte de él no satisfecha) en el momento que se concluyan las operaciones de liquidación o conclusión del concurso⁴⁹³. Hay, no obstante, una salvedad: ello no afecta a las retenciones previstas en las legislaciones especiales administrativa, tributaria, laboral y de Seguridad Social.

La justificación de la suspensión transitoria del derecho de retención se enmarca en los principios básicos del concurso entendido como universalidad de la

⁴⁹² Artículo 59 bis introducido por el número cuarenta y cinco del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y aplicable a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor (1 de enero de 2012) en los que no hubiese sido presentado el informe.

⁴⁹³ Véase la SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 26 de julio de 2012: «La solución concursal de liquidación presupone la necesidad de que todo el patrimonio del deudor se liquide para, con su producto, hacer pago a los acreedores. Admitir la resistencia del derecho de retención en un escenario de liquidación equivaldría a mantener cautivas bolsas de bienes de la concursada en una situación en la que esos bienes no pueden ser ejecutados dentro del concurso ni fuera del mismo. Esa idea resulta inadmisibles».

masa activa (artículo 76.1 LC) que impide cualquier situación de mejor condición entre acreedores que no sean privilegiados. El derecho de retención no afecta a ninguno de los supuestos de los artículos 90 y 91 LC, que son los que regulan los créditos con privilegio especial o general, a saber, créditos con hipoteca, refaccionarios, de arrendamiento financiero o compraventa con precio aplazado, y, entre los de privilegio general, los salarios que no lo sean por privilegio especial, las retenciones tributarias y de Seguridad Social, entre otros.

Lo que sí es indudable es que el tercero que tenga a su disposición los bienes y que pretenda ejecutar el derecho de retención, resistiéndose a ponerlos en posesión del concursado, no encuentra obstáculo alguno en la Ley concursal al no estar prohibido de forma expresa: ni siquiera se establece la forma de reivindicar estos bienes en manos de un tercero para ponerlos a disposición del concurso. La única referencia —genérica e inconcreta— es el artículo 43.1 LC que posibilita a la administración concursal el auxilio del juez para reivindicar el bien a un tercero, pero en caso de oposición a esta reivindicación entendemos que no hay base suficiente para hablar de actitud obstaculizadora⁴⁹⁴.

6.4.2. El supuesto especial del derecho de retención por obras.

Mención especial merece el derecho de retención de las cantidades que se adeuden en virtud de obras realizadas. Las retenciones que el dueño de la obra practica en un contrato de ejecución de obra tienen como finalidad garantizar el correcto cumplimiento del contrato y paliar, en la medida de lo posible, los vicios y defectos constructivos, engendrándose un derecho de depósito o retención si no se procede a la reparación de los defectos.⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ SJM de Zaragoza de 1 de julio de 2015: «[...] Tendrán que ser requeridos esos terceros para que procedan a entregar los bienes o derechos retenidos, acción que puede ser verificada por la administración concursal, vía extrajudicial o judicial, a través del propio juzgado que conoce del concurso, de acuerdo con el artículo 43.1 LC».

⁴⁹⁵ STS de 13 de julio de 2011: «[refiriéndose a una estipulación contractual válida] la función de las retenciones constituidas en depósito es la de asegurar el cumplimiento del contrato de obra y buena ejecución de los trabajos, y resulta contrario a toda lógica que, siendo incuestionable la existencia de desperfectos y malas ejecuciones, se

Ello no obstante, en caso de concurso de acreedores estas retenciones por obra no tienen el carácter de una deuda exigible ni legitiman la suspensión del pago de las prestaciones del contrato, que debe ser liquidado en su totalidad. No se trata propiamente de un bien en poder del concursado. El artículo 59 bis LC, al suspender el derecho de retención una vez se ha declarado el concurso, no puede aplicarse a las retenciones de obra que se produzcan por hechos anteriores a la declaración del concurso, de lo cual se deduce que en caso de retención de cantidades en garantía del cumplimiento del contrato practicadas antes de la declaración del concurso no se suspende la eficacia de la retención aunque se concrete su montante después de la declaración de concurso.

Las retenciones por obras no pueden ser liquidadas unilateralmente por el retenedor en el concurso de acreedores porque normalmente debe procederse a resolver el contrato por causa imputable al concursado y, además, porque tales retenciones no son apropiables directamente sino que tienen un fin garantista del cumplimiento de las obligaciones, y no puede asimilarse a lo establecido en el artículo 58 LC sobre el derecho de compensación ni al artículo 80 LC sobre derecho de separación de bienes de propiedad ajena. Tampoco en este caso cabe hablar de obstaculización del contrato.

6.4.3. Distinción entre la retención posesoria prendaria y el derecho de retención.

El Código civil tampoco contiene una definición precisa de lo que pueda ser el derecho de prenda, entendido como un derecho real de garantía. Su regulación se encuentra en el artículo 1857 CC, junto con la expresión de los requisitos esenciales del contrato de prenda y de la hipoteca. El código dice que la prenda es una institución encaminada a asegurar el cumplimiento de una obligación de carácter principal, por lo que, una vez cumplida ésta, deja de tener sentido la garantía accesoria de la prenda o su realización en caso de incumplimiento de

proceda a devolver la garantía antes que tenga lugar la subsanación y reparación de los defectos».

la obligación principal. El acreedor pignoraticio no tiene ningún tipo de propiedad ni poder de disposición sobre el objeto dado en garantía, ni puede apropiarse ni disponer de ella (artículo 1859 CC). Es un trasunto de la reticencia ancestral sobre el pacto comisorio, es decir, la imposibilidad de que el acreedor haga suya *ad nutum* la cosa pignorada para satisfacer el crédito. Esta prohibición no es ni siquiera subsanable con un pacto (pacto comisorio) porque la propia naturaleza jurídica del derecho de prenda es la facultad de venta del objeto pignorado en caso de incumplimiento y por sus propias reglas⁴⁹⁶.

El derecho de retención que ostenta el acreedor pignoraticio —o también aquel tercero que se constituyó en poseedor de la cosa, artículo 1866 CC— consagra la facultad del acreedor para retener la cosa en su poder o en el de una tercera persona hasta el pago del crédito. En suma, el acreedor continúa poseyendo la cosa, ya de forma mediata o inmediata, mientras no se satisfaga el crédito que garantiza la prenda. En concurso de acreedores el acreedor que ha recibido del fiador una garantía real prendaria, en caso de incumplimiento de la obligación principal por el concursado, puede perfectamente ejecutar la prenda en los términos convenidos.

En cuanto a su preferencia, merece atención especial la clasificación de los créditos de los artículos 1921 y siguientes CC, en el sentido de que, en caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se deberá regir por lo establecido en la Ley concursal⁴⁹⁷. Si bien aquella clasificación tiene importancia en el orden civil, la prioridad en sede concursal debe regirse por sus propias normas, y en materia de privilegios hay que estar a lo prevenido en los artícu-

⁴⁹⁶ La vigencia de la prohibición del pacto comisorio en la prenda ordinaria ha sido constante en la jurisprudencia. Véase por ejemplo la STS de 13 de mayo de 1998 en la que se dice, con rotundos argumentos, que «En la transmisión de la propiedad con fines de garantía, ante la falta de todo convenio de las partes sobre la realización de los bienes, ni el acreedor puede apropiárselos porque incurriría en la prohibición del pacto comisorio, que es una prohibición aplicable a toda garantía dada las razones de moralidad e interés general en que se asienta, ni puede determinar el procedimiento de realización forzosa de su crédito: ha de hacerlo acudiendo a las normas de procedimiento legalmente establecidas, que son de *ius cogens* y de interés público».

⁴⁹⁷ El párrafo segundo del artículo 1921 CC fue introducido por la disposición final primera de la ley 22/2003, de 9 de julio concursal.

los 90 y 91 LC, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 92 LC sobre los créditos subordinados⁴⁹⁸. En el artículo 90.1.6° LC se menciona expresamente la preferencia de los créditos garantizados con prenda ordinaria y a la prenda sobre créditos futuros, cuya preferencia debe cumplir los requisitos del artículo 1865 CC.

6.4.3.1. La prenda ordinaria sobre derechos y sobre créditos futuros.

En la doctrina clásica civilista no se admitía la prenda ordinaria sobre derechos de crédito, ya que se era reticente a considerar que los derechos de crédito pudieran ser objeto de una posesión concreta, por lo que quedaba vedado su traspaso al acreedor pignoraticio o a un tercero. La jurisprudencia solventó este problema al entender que el aspecto esencial de la prenda sobre derechos era que el acreedor pudiera disponer libremente de la prenda, lo que en cualquier caso se solucionaba notificando al deudor para que no efectuase el pago. Esta notificación al deudor para que se abstenga de pagar a quien ha constituido la garantía prendaria encuentra su fundamento jurídico en el artículo 1162 CC, que regula los presupuestos subjetivos del pago o cumplimiento de la obligación. Creemos que el ámbito protector de este artículo es algo forzado, sobre todo por el carácter liberatorio del pago que necesariamente debe hacerse a la persona en cuyo favor se constituye la obligación, pero los tribunales han admitido que la desposesión del titular pignorante se logra mediante la notificación al deudor del cambio en la titularidad del crédito, lo que le vincula con el nuevo acreedor. En todo caso no es ya cuestionable la virtualidad de la prenda

⁴⁹⁸ Referencias que por cierto han sido objeto de sucesivas modificaciones, en concreto por la ley 38/2011 de 10 de octubre, la ley 9/2015 de 25 de mayo, que modifica el apartado cuarto del número 1 del artículo 90 (en la reforma anterior se modificaba en el apartado primero del número 1 del artículo 90), la ley 40/2015 de 1 de octubre, que modifica puntos sexto del artículo 90. Por lo que respecta al artículo 91 LC la Ley 30/2011 de 10 de octubre modifica el apartado primero del artículo 91 LC y el número tercero, el número quinto y del propio artículo el número sexto del propio artículo.

ordinaria sobre derechos de crédito⁴⁹⁹. La desposesión del titular del derecho dado en prenda y la efectiva entrega de la posesión al acreedor pignoraticio conlleva la pérdida del derecho a ser reembolsado, confiriéndose al acreedor un derecho oponible a terceros, que no deja de ser un verdadero derecho de retención porque cumple una función de garantía, pero nunca de privilegio. Quien ostente el derecho de retención sobre cosa propia de su deudor no puede cobrar con preferencia a otro acreedor de su deudor, aunque puede retenerla en su poder hasta que se le abone la cantidad pactada. Lo que no ocurre en sede concursal porque son créditos con privilegio especial si constan en documento público, y, si se trata de prenda de créditos, basta con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados.

En el caso de prenda sobre créditos futuros, para extender el contenido de la garantía tanto de los créditos anteriores como posteriores del concurso, se requiere la inscripción de la garantía y sin perjuicio de las limitaciones especiales que impone el concurso de acreedores en la ejecución de garantías reales según el artículo 56 LC sobre la paralización de ejecuciones de garantías reales, y el 155 LC en cuanto a la realización de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, que se realizará en subasta, salvo que el juez autorice la venta directa o la cesión en pago.

6.5. Conducta activa o conducta pasiva del incumplidor.

La calificación como crédito subordinado cuando exista una actitud obstructiva por parte de un acreedor resulta clara del dictado del artículo 92.7 LC. No obstante, no resulta tan diáfano determinar si esta postergación subordinatoria debe aplicarse igualmente cuando el acreedor mantiene una actitud pasiva frente

⁴⁹⁹ STS de 19 de abril de 1997, en un supuesto concreto de prenda de un depósito bancario debe entenderse que lo que se pignora es el derecho del depositante a que se le devuelva la cantidad al vencimiento, admitiendo la prenda del derecho de crédito porque «[...] La imposición bancaria a plazo origina en favor del imponente el nacimiento de un crédito contra el Banco depositario por su importe, lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda».

al cumplimiento o si, en realidad, la obstaculización implica de forma necesaria que exista un previo incumplimiento a la obligación contractual.

El concepto obstaculización de forma reiterada es, en principio, fácilmente interpretable, aunque en ciertas ocasiones esta obstaculización es algo más sutil. Imaginemos el supuesto de una empresa que haya concertado un contrato de *leasing* con el concursado y que, por la circunstancia que fuere, el objeto amparado por el contrato de *leasing* se pierde o resulta imposible su cumplimiento (sustracción o desaparición de un vehículo, por ejemplo). Por la propia naturaleza del contrato de arrendamiento financiero⁵⁰⁰ el arrendador —en este caso la empresa o acreedor incumplidor— ha cedido al concursado el vehículo y su uso mediante el pago de unas cuotas periódicas y con una opción de compra al final del contrato. El contrato de arrendamiento financiero permitirá a la empresa arrendadora cobrar las cuotas aun en el supuesto de inexistencia o pérdida del bien si se pacta expresamente que se hace responsable al arrendatario en los casos de pérdida o fuerza mayor, lo que, por otra parte, es de uso generalizado en este tipo de contratos.

En el supuesto de concurso de acreedores del arrendatario financiero si la entidad arrendadora, haciendo uso de la mencionada cláusula de responsabilidad,⁵⁰¹ decidiese seguir cobrando las cuotas una vez declarado el concurso (que

⁵⁰⁰ Su configuración legal se localiza en la disposición adicional 1ª de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que remite a la disposición adicional 7ª de la Ley 26/1988, de 29 de julio y que definía al arrendamiento financiero como aquel contrato que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas incluyendo necesariamente una opción de compra a favor del usuario al finalizar el contrato.

⁵⁰¹ Véase el clausulado usual y generalizado al respecto: «El arrendatario financiero también asume frente a la entidad todos los riesgos de daños a las personas o cosas que pudieran derivarse de la utilización de los bienes, así como los riesgos y daños de la pérdida total o parcial de cada bien objeto de este contrato, cualquiera que sea la causa de fuerza mayor que la hubiera motivado, incluido el caso fortuito y la fuerza mayor, y que estén o no cubiertas por el seguro, así como el hurto, incendio, robo o cualquier otra causa. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, el arrendatario financiero contratará las pólizas de seguro que se consideren necesarias o convenientes a la satisfacción de la entidad para cubrir en la mayor medida posible los riesgos indicados en el apartado anterior. La suma asegurada será como mínimo el valor del bien arrendado. La entidad figurará como la persona que percibirá las indemniza-

deberían ser con cargo a la masa), es fácil comprender que cualquier oposición de la arrendadora financiera a la resolución del contrato —en una interpretación amplia del artículo 92.7 LC, es decir, oposición tanto el cumplimiento como a su resolución— podrá condenarse a la empresa a la resolución del contrato y a la subordinación de las cuotas devengadas después de la declaración del concurso, aunque legalmente se trate de créditos contra la masa, y a partir de la fecha en la que conste efectivamente esta oposición a la resolución.

La noción de incumplimiento contractual puede entenderse —en el concurso de acreedores especialmente— como una combinación de dos conceptos jurídicos distintos, a saber, el incumplimiento en sí, es decir el incumplimiento material de la obligación contractual, y el incumplimiento formal⁵⁰². El incumplimiento en el sentido material se circunscribe a la existencia de un desajuste del cumplimiento con la realidad del contrato. En principio es una actitud generalmente dolosa, aunque no se precisa intención de causar daño, ni malicia o mala fe, porque todo incumplimiento voluntario, por sí mismo, es doloso⁵⁰³; y si hablamos de culpa o negligencia, basta que la parte incumplidora no ajuste su actuación a las medidas de precaución y cuidado normales según los usos y la buena fe contractual. La frustración de los fines del contrato por una de las partes no precisa una contumaz voluntad incumplidora, siendo suficiente una conducta voluntaria, sin que quepa distinguir entre activa o pasiva, con lo cual se debe considerar incumplimiento voluntario también la falta de realización de aquellos actos «que deban realizarse», lo que en el ámbito concursal implica que esta falta de realización sea considerada como obstaculización del cumplimiento

ciones predisuestas. en el caso de que la entidad tenga que hacer frente al pago de las primas por impago del arrendatario financiero, este queda obligado al reembolso de estas cantidades».

⁵⁰² El incumplimiento en sentido material se refiere a la falta de realización o realización defectuosa, irregular o incompleta de la prestación (expresión del principio de derecho conocido como «principio de conformidad con el contrato»). La determinación de si existe un incumplimiento material es una cuestión de hecho que corresponde a los tribunales de instancia, no teniendo relieve en la casación.

⁵⁰³ SSTS de 21 de junio de 1980, 23 de octubre de 1984 y 30 de noviembre de 1999, que recuerdan que hay incumplimiento doloso cuando el incumplimiento de la obligación se produce voluntariamente y con plena conciencia de la antijuridicidad del acto.

to del contrato (conducta pasiva) a los fines del artículo 92.7 LC siempre que sea injustificada y encaminada a la frustración del fin jurídico económico del contrato⁵⁰⁴. El incumplimiento formal, conforme al principio de la autonomía de la voluntad, exige para su eficacia que esta condición esencial de incumplimiento figure de forma inequívoca en el contrato ya que en caso contrario carece de relevancia.

De acuerdo con ello entendemos que la obstaculización al cumplimiento del contrato, tanto en su vertiente de incumplimiento material como en el formal y, en especial, en el caso de resistencia u oposición injustificada a la resolución del contrato —ya sea debido a una actividad activa o pasiva del incumplidor acreedor—, conlleva la degradación de su crédito al rango de crédito subordinado aunque tal crédito tenga la calificación concursal de crédito contra la masa.

7. Naturaleza jurídica de la norma subordinatoria: teoría sobre su carácter sancionador.

7.1. Características y naturaleza jurídica de la sanción civil.

Una sanción, en términos jurídicos, implica una punición o castigo a quien haya vulnerado una norma jurídica⁵⁰⁵ o, en un sentido más amplio, a quien

⁵⁰⁴ Cfr., por ejemplo, las SSTs 7 de junio y 16 de julio de 1991 y especialmente la de 24 de octubre de 1998 que efectúa un resumen de jurisprudencia e indica que «[la resolución contractual] no requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es lo que apunta la frase "actitud deliberadamente rebelde" al incumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó».

⁵⁰⁵ MARCOS CÓRDOBA, MARINA DE PASQUALE «Sanciones en Derecho Civil», *Revista La Ley*, n° 49, 1997, pág. 4: «[...] El vocablo sanción, etimológicamente, implica pena o castigo que la ley establece para el que la infringe. La sanción es la consecuencia determinada en la norma para el caso de incumplimiento de la misma. El primer efecto que sigue, desde el punto de vista normativo luego del acto ilícito, es en general el restablecimiento de la situación conforme a derecho».

haya actuado de una forma no compatible con la norma. La finalidad de la sanción tiende a evitar la vulneración o incumplimiento de norma jurídica, y su objetivo inmediato es soslayar este incumplimiento. La aplicación de la sanción, pues, únicamente se produce en caso de vulneración de la norma jurídica o en el supuesto de que, de una u otra manera, se consiga evitar el cumplimiento de la norma.

Los precedentes de la denominada sanción civil se encuentran, en puridad, en la responsabilidad derivada de la indemnización de daños y perjuicios con finalidad resarcitoria, si bien también la sanción civil hunde sus raíces en lo que convenimos en llamar «materia de orden público», concepto jurídico indeterminado que nos remite a las ideas de seguridad y estabilidad y por el que consideramos antijurídicas determinadas conductas⁵⁰⁶. Este aspecto se diferencia claramente de la sanción o pena contractual cuyo propósito es única y exclusivamente el de restablecer y reparar el daño causado.

La sanción civil no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico y la jurisprudencia se muestra ambigua al respecto, reconociendo que el concepto de sanción civil recuerda al concepto de pena —a veces la califica de «pena civil», expresión un tanto críptica— con una notable intención de desmarcarse de la pena en el sentido del derecho penal. Como ejemplos de sanción civil recalcamos el artículo 6.3 CC relativo a la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas⁵⁰⁷. Un supuesto de sanción civil no contractual podemos encontrarlo también en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de

⁵⁰⁶ De penalidad civil los califica ALEMANY EGUIDAZU, JESÚS MIGUEL en «Subordinación contractual...», *op. cit.* págs. 1 y ss: «[...] y como tal sanción civil está sujeta al principio de legalidad sin poder ser introducida por normas de rango inferior». También VEIGA COPO, ABEL B., «Los créditos subordinados...», *op. cit.*, págs. 9 y ss.

⁵⁰⁷ La STS de 14 de septiembre de 2016 entiende que existe una nulidad de pleno derecho como sanción civil en tal en cuanto haya habido incumplimiento «[...] lo que determina la nulidad de pleno derecho del pago (artículo 6.3 CC) y la obligación de devolver no sólo la cantidad entregada sino también un tanto igual como sanción legal».

uso turístico y normas tributarias (norma hoy derogada y vigente hasta el 18 de marzo de 2012), cuyo artículo 11 establecía, a modo de sanción civil, que cuando el adquirente hubiese anticipado cantidades al transmitente podía exigir la devolución de la cantidad duplicada en el caso de anticipos realizados antes de expirar el plazo del ejercicio la facultad de desistimiento⁵⁰⁸. La prohibición de anticipos de la antigua ley viene recogida, igualmente, en el artículo 13 de la nueva disposición ordenando, en su punto 3, que los actos realizados en contra de la prohibición del pago de anticipo son nulos de pleno derecho pudiendo reclamar el duplo de las cantidades entregadas o garantizadas por tales conceptos. Ello no impide que esta sanción deba ser aplicada con flexibilidad y cautela, calibrándose si el precepto legal que la soporta tiene esta finalidad sancionatoria.

Otro ejemplo de sanción civil lo encontramos en el artículo 367 LSC que impone la responsabilidad solidaria de las obligaciones sociales por parte de los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte el acuerdo de disolución o concurso de acreedores y que, como se puede apreciar, no tiene finalidad resarcitoria sino sancionadora⁵⁰⁹.

7.2. Las sanciones civiles en el ámbito concursal.

El concepto de sanción civil en el ámbito concursal se encuentra en varios pasajes de la ley. Por ejemplo, la condena a pago de los créditos que no puedan ser atendidos con la liquidación de la masa activa del concurso declarado culpable —además de sancionarlos igualmente con la pérdida del derecho de co-

⁵⁰⁸ Derogada, a su vez, por la Ley 4/2012 de 6 de julio de Contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

⁵⁰⁹ Véase SAP de Cantabria, Sección 4, de 16 de febrero de 2016 que expresamente dicta que «La responsabilidad prevista en el art. 367 del TRLSC no presenta una naturaleza indemnizatoria o resarcitoria sino que, por el contrario, se trata de una responsabilidad legal de carácter sancionatorio».

bro que les corresponda—; también es sanción civil la inhabilitación de las personas especialmente relacionadas con el concursado culpable para administrar bienes ajenos u ostentar cargos de administración o representación; o las sanciones al deudor por incumplimiento del deber de solicitar el concurso (según la prescripción del artículo 5.1 LC), lo que puede dar lugar a que el deudor resulte «sancionado» con la calificación como culpable del concurso si la demora ha contribuido a generar o agravar la su insolvencia (art. 164.1 LC), con las consecuencias de pérdida del posible derecho de crédito, inhabilitación para administrar bienes ajenos, devolución de bienes o derechos económicos indebidamente obtenidos y condena a indemnizar los daños y perjuicios causados. Nótese que estas sanciones civiles tienen el carácter de orden público o de derecho necesario, sobre las cuales las partes no tienen ninguna disponibilidad.

No creemos, en cambio, que sea una sanción civil en la esfera concursal la intervención o la suspensión de las facultades del concursado, puesto que tal medida va directamente encaminada a la protección de los acreedores más que a un reproche a la conducta del concursado. Tampoco creemos que tengan tal carácter las consecuencias que dimanen de la acción rescisoria del artículo 71 LC, ya que si bien tienen naturaleza resarcitoria es necesario que el Tribunal calibre si ha existido o no un perjuicio para la masa activa del concurso⁵¹⁰.

A pesar todo ello entendemos que pueden existir algunas dudas en el caso de rescisión contractual por mala fe del acreedor, tal y como lo entiende el artículo 73.3 LC. De forma genérica, la declaración de ineficacia del contrato impugnado y la condena a la restitución de las prestaciones, con sus «frutos e intereses», tiene el carácter de crédito contra la masa, pero si hay mala fe en el acreedor el crédito se degrada a subordinado —tal y como prevé el artículo 92 6º LC—. Lo que nos permite concluir que no todas las consecuencias de las

⁵¹⁰ Véase, por ejemplo, la STS de 4 de septiembre del 2014 que considera rotundamente que la ineficacia de un contrato de prenda como consecuencia del ejercicio de la acción rescisoria concursal no es una sanción civil «sino el resultado de los efectos propios de aquélla ya que la finalidad que se persigue es la reparación de un perjuicio ocasionado a los acreedores, concurriendo un perjuicio "para la masa", atendido que el otorgamiento de las garantías financieras (prenda) ha sido realizado perjudicando injustificadamente las expectativas de cobro de los acreedores».

acciones rescisorias tienen un perfil indemnizatorio puesto que en el supuesto de mala fe las consecuencias son claramente sancionadoras⁵¹¹.

7.2.1. Sanciones civiles concretas en el concurso de acreedores.

Una de las sanciones más llamativas es la separación de los administradores concursales y la pérdida del derecho a retribución en el caso de que dilaten injustificadamente las operaciones liquidatorias del concurso, a cuyo fin la ley impone a la administración concursal la obligación de informar trimestralmente del estado de aquéllas y le señala el plazo de un año para finalizarlas, debiendo incluso —si se acuerda la separación por esta causa— reintegrar a la masa activa las cantidades que por ese concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación (artículos 36, 37 y, especialmente, 153 LC).

En el caso concreto de subordinación de créditos cuando el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso, su propósito es visiblemente sancionador y parece claro que su finalidad última atañe más a evitar la vulneración de la norma que a un sentido corrector de la situación creada a través de la reparación del posible daño causado a todos los acreedores por la vulneración de la *par conditio creditorum*⁵¹².

La sentencia de declaración de concurso culpable y la condena a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados, es otro ejemplo de sanción civil concursal. El artículo 173.3 LC así lo establece, juntamente con el artículo 172 bis LC, y es también

⁵¹¹ La STS de 7 de diciembre de 2012 argumenta que una vez apreciada la mala fe debe entrar en funcionamiento de forma automática la sanción subordinatoria. Es más, añade que, «sin que pueda mitigarse este efecto aplicándolo solo a una parte del crédito».

⁵¹² SANJUÁN Y MUÑOZ, ENRIQUE, «La subordinación de créditos...», *op. cit.*, pág. 353, expresa que «[...] el carácter del artículo [92.7º LC] es sancionador, la falta de un precepto que solucionara el incumplimiento sistemático que se produce con la declaración de insolvencia respecto de deudores o contraparte [...], y su localización como el más subordinado de los subordinados, nos hace llegar a tal conclusión».

específicamente sancionador para administradores, apoderados generales y socios⁵¹³. Este precepto ordena —siempre que la calificación derive de la fase de liquidación— que las personas mencionadas que se hayan negado sin causa razonable a capitalizar los créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles —también con el requisito de que hayan sido declarados personas afectadas por la calificación— respondan de la cobertura, total o parcial, del déficit en la medida en que su intervención o conducta haya generado o agravado la insolvencia.

La declaración de culpabilidad del concurso de acreedores y los efectos que ello produce en las personas afectadas constituye una sanción civil de naturaleza punitiva, porque, en puridad, no se repara ningún daño concreto y definido sino que se pretende explícitamente conseguir más recursos para la masa activa concursal. La sanción de culpabilidad está de manera específica dirigida a determinadas personas, siendo su naturaleza jurídica manifiestamente subjetiva y limitada a aquellos bienes que no se hayan podido satisfacer con la masa activa del concurso. En cualquier caso no es una sanción automática sino que queda al arbitrio de la decisión judicial y de su apreciación en el marco del proceso, sin perjuicio de las presunciones *iuris et de iure* del artículo 164 LC.

La inhabilitación derivada de la declaración de culpabilidad es una sanción civil impuesta al deudor cuyo concurso se califica como culpable y que expande sus efectos a apartar temporalmente a aquél del tráfico económico. La sanción de inhabilitación es de derecho necesario e implica un efecto personal ineludible⁵¹⁴. La condena a todas las personas afectadas por la calificación a perder los derechos de cobro que les corresponda como acreedores —tanto con-

⁵¹³ Artículo añadido por el artículo único 99 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y modificado su apartado 1 por el artículo único 21 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre (anteriormente modificado también por el artículo único 12 del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo).

⁵¹⁴ La SAP de Lleida, de fecha 4 de enero de 2010 especifica en este sentido que «los conceptos de culpa e imputación no son en modo alguno incompatibles, sino todo lo contrario, con la sanción o pena civil, incluso la facultad de graduación o moderación judicial tiene expreso reconocimiento legal en el artículo 1154 CC».

curiales como de la masa— y su inhabilitación es también materia indisponible (artículo 216 LEC), y sanción civil en tanto en cuanto castiga conductas determinantes de actos ilícitos en el seno del concurso⁵¹⁵.

Por su parte el artículo 105 LC prohíbe —y de hecho castiga con su ineficacia— uno de los derechos esenciales del deudor como es la presentación de una propuesta anticipada de convenio, impidiendo su tramitación si el deudor ha sido condenado por sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, por falsedad documental o por delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores o, en el caso de las personas jurídicas concursadas, por no haber depositado las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios.

Otro aspecto de norma de carácter sancionador lo encontramos en el artículo 40.7 LC, que instaura la anulación de los actos del deudor que infrinjan la limitación de sus facultades patrimoniales, es decir, la realización de actos —en el supuesto de intervención— sin la conformidad de la administración concursal.

Es incontestablemente sancionadora la subrogación de los créditos al amparo del artículo 92.5 LC, o sea, aquellos de los que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor —excepto los créditos por salarios, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos o por accidente o enfermedad profesional (artículo 91.1º LC)— cuya subordinación es automática. La subrogación es una genuina sanción civil⁵¹⁶ y no se requiere del

⁵¹⁵ A este aspecto concreto se refieren, entre otras muchas, la SJM de Guadalajara de 2 de junio de 2016 y la SAP de Baleares de 7 de marzo de 2012, en el sentido de que la inhabilitación cumple con la finalidad sancionadora a la conducta ilícita del deudor y, además, con la finalidad preventiva de evitar la reiteración de tal conducta, destacando que «la sanción ha de imponerse en función de la gravedad de las circunstancias del caso, como son la conducta de los administradores, el déficit patrimonial consecuencia de la situación de insolvencia y el efecto sobre los acreedores».

⁵¹⁶ Para ALONSO LEDESMA, CARMEN, «Artículo 92. Créditos subordinados...», *op. cit.*, pág. 929, dice: «[...] en la LC la subordinación tiene un claro matiz sancionador al no partir del dolo, ni siquiera de la actuación culposa del sujeto ni establecer supuestos concretos en los que puede presumirse que esa conducta existe [...], sino simplemente por el mero hecho de que los titulares de los créditos estén en esa situación

acreedor la intención específica de causar daño, sino la representación o conciencia de que se perjudica a los demás acreedores al ser esta conducta merecedora de una repulsa ética en el ámbito jurídico.

No creemos, por el contrario, que este mismo criterio rijan para los créditos de la Agencia Tributaria, la cual, en ciertas ocasiones, ha alegado que la clasificación de sus créditos —en lo que a sanciones *lato sensu* se refiere— no viene determinada invariablemente por el artículo 92.4 LC, como, por ejemplo, en un procedimiento de derivación de la responsabilidad tributaria al ser este un procedimiento de carácter recaudador y administrativo dimanante del impago de las obligaciones tributarias. Este procedimiento relocaliza a los responsables solidarios en la misma posición deudora que el deudor principal, pero, a criterio de la Agencia Tributaria, como elemento objetivo del montante de la deuda a efectos recaudatorios, y no como consecuencia de la posición subjetiva del deudor respecto de la deuda tributaria. La tesis de la Agencia Tributaria se decanta por interpretar que el artículo 42.1 a) LGT, al extender la responsabilidad solidaria al nominal y a las sanciones, y estas no son inescindibles del crédito por el cambio subjetivo operado en la posición deudora. Ello hace que en sede concursal la responsabilidad solidaria no quede afectada, ni siquiera parcialmente, sin que puedan calificarse de subordinados los créditos por sanciones en el trámite de derivación de responsabilidad porque este procedimiento de derivación no tiene naturaleza sancionadora.

Esta tesis —ciertamente discutible— no está pacíficamente admitida por la doctrina⁵¹⁷ quien, sin dejar de poner énfasis en la naturaleza fundamentalmente

de proximidad con el deudor, con total independencia de cuál haya sido su conducta o de en qué condiciones se hayan otorgado esos créditos».

⁵¹⁷ Esta es la opinión de amplios sectores doctrinales que advierten de esta inclinación sancionadora a pesar de ser un procedimiento autónomo de recaudación. Véase, en este sentido, el trabajo de CASTELLANOS TORRES, JOSÉ ANTONIO, «El procedimiento de derivación de responsabilidad tributaria», *ICADE Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 77, mayo-agosto 2009, págs. 166-222, especialmente cuando afirma que «la responsabilidad tributaria tiene su propio fundamento metajurídico. El fundamento en cuestión no es otro que la garantía del pago de la deuda tributaria (si bien en la actualidad ha ido adquiriendo cierto carácter sancionador) [...] Pero si además atribuimos a la responsabilidad tribu-

garantista de la institución de la derivación de la responsabilidad (de hecho lo que hace es incrementar la garantía de la Hacienda Pública al existir mayor número de sujetos a los que se les puede exigir la deuda tributaria), ve en ello un cierto carácter sancionador aunque conceptualmente ubicado en una especie de «tierra de nadie».

En fin, para dilucidar la naturaleza jurídica de la subordinación como sanción no tenemos demasiadas pistas; la Ley concursal no aclara esta naturaleza jurídica más allá de lo establecido en la Exposición de Motivos, apartado V, cuando nos indica que los créditos subordinados son «excepciones negativas» al principio de igualdad del tratamiento de los acreedores en relación con los créditos ordinarios y por diversos motivos: tardía comunicación, pacto contractual, carácter accesorio, naturaleza sancionadora o por la condición personal de sus titulares⁵¹⁸.

8. Obstaculización perjudicial a los intereses del concurso

El artículo 92 7º *in fine* LC exige que la obstaculización en el cumplimiento del contrato lo sea en perjuicio del interés del concurso. Sabemos que la Ley concursal no concreta qué es lo que se debe entenderse por interés del concurso, a pesar de aludir a dicho interés, aunque de forma oblicua, en varios pasajes del texto legal. Los lugares donde se menciona el interés del concurso son los siguientes: apartado III de la Exposición de Motivos; artículo 33.1 b) 12º iii), sobre las facultades de la administración y conservación de la masa activa del

taria el carácter sancionador que últimamente se le está otorgando, podría atentar contra el artículo 25.1 de la Constitución que impone la reserva de ley en materia sancionadora».

⁵¹⁸ En una línea de razonamiento más rígida, muchas resoluciones de los tribunales entienden que la subordinación concursal es una penalización o sanción civil que supone una degradación del crédito sin más aditamentos. La SJM nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria de 24 de marzo de 2011, en cuyo incidente la concursada había alegado en la concepción de la subordinación como instrumento jurídico que opera en interés de los restantes acreedores del deudor, el Juez afirma que ello «no empece la naturaleza sancionadora de la norma» porque «muchas sanciones son plurifuncionales y tienden, al mismo tiempo, a proteger a terceros».

modo más conveniente para los intereses del concurso; artículo 42 sobre la colaboración del deudor; artículo 61.2 y 62.3 sobre las facultades de la administración concursal en orden a la resolución de los contratos o su cumplimiento aunque exista causa de resolución; artículo 84.3 en lo que atañe a la alteración del orden en el pago de los créditos contra la masa; el propio 92 7º que comentamos en este apartado; artículo 148.2 sobre la aprobación por el juez del plan de liquidación y artículo 165.1.2º en lo que se refiere a la presunción *iuris tantum* de culpabilidad a quienes hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal.

El interés del concurso es un concepto jurídico indeterminado y, además, —superando la posible anfibología— superponible al de «interés de la masa». La ley habla en algunos pasajes de «interés de la masa» y no efectúa distinción conceptual alguna respecto al «interés del concurso», con lo que damos por sentado que se refieren a lo mismo. Algunos tribunales utilizan este concepto jurídico indeterminado en el ámbito concursal de acuerdo con la doctrina general establecida por el Tribunal Constitucional y con una velada referencia a las tesis del TEDH⁵¹⁹.

Según el apartado VII de la Exposición de Motivos, el pago de los créditos con privilegio especial se flexibiliza para evitar —en interés de la masa— la realización de los bienes o derechos afectos, autorizando su realización con subsistencia del gravamen o mediante la venta directa. El artículo 36 LC prevé que con ocasión de una condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos necesarios que hubiera soportado. De la misma forma el artículo 54 LC regula el ejercicio subsidiario por los acreedores, quienes —en principio y a resultas de la estimación o no de la demanda— litigarán a su cos-

⁵¹⁹ Por ejemplo, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, de 25 de noviembre de 2015: «Es este [el interés del concurso] un concepto jurídico indeterminado que, siguiendo la doctrina del TEDH (STC 24/1981), debe ser dotado de contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos de influencia notable en la tramitación de los procedimientos, que deberán ser apreciados desde la realidad de la materia litigiosa en cada caso, concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto».

ta. El artículo 84 LC califica como créditos contra la masa los de costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso, adopción de medidas cautelares, publicación de las resoluciones judiciales y la representación del concursado y de la administración concursal, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa.

No puede decirse que la Ley concursal sea pródiga en la concreción de lo que debe entenderse por interés del concurso, aunque por la redacción de la Exposición de Motivos intuimos que el interés del concurso obedece al propósito de conseguir la máxima satisfacción del crédito de los acreedores del concursado, lo que, a efectos de obstaculización del contrato en perjuicio del concurso, incluye todas las acciones u omisiones que lesionen esta finalidad de satisfacción, en la medida de lo posible.

8.1. La conservación de la unidad productiva y el interés del concurso.

La mayor satisfacción de los acreedores concursales está íntimamente relacionada con la continuidad de la actividad económica⁵²⁰. El interés del concurso también se persigue —aunque de forma sesgada— con los actos conservativos a que obliga el artículo 43 LC referente a la conservación y administración de la masa activa. A este respecto es interesante observar el primitivo criterio del legislador respecto del el apartado 2 de este artículo⁵²¹ sobre la imposibilidad de enajenar o gravar bienes o derechos que integren la masa activa sin autorización del juez hasta la aprobación del convenio o la apertura de la liquidación.

⁵²⁰ Según la Exposición de Motivos, apartado VII, la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa.

⁵²¹ Modificados los apartados 2 y 3 por el artículo único 30 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

En la antigua redacción —vigente hasta el 31 de diciembre de 2011— se exceptuaban de la interdicción de enajenación, en su apartado 3, los actos de disposición inherentes a la continuidad de la actividad profesional o empresarial en términos genéricos. Pero esto fue modificado por la Ley 38/2011 de 10 de octubre en el sentido de exceptuar de su aplicación no ya los actos los inherentes a la continuidad de la actividad sino, más específicamente, los actos «indispensables» para garantizar su viabilidad o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso, quedando también exceptuados los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad siempre que el precio de enajenación coincida sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. O también de aquellos actos de disposición «inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor», en los términos establecidos en el artículo 44 LC que consagra la no interrupción de la continuidad de la actividad económica del concursado.

En los supuestos que contemplamos se puede proceder a la enajenación antes de la aprobación judicial del convenio o la apertura de liquidación sin más limitaciones, lo que es un claro exponente de que el criterio finalmente asentado es el de la continuidad de la empresa como expresión fiel de lo que denominamos interés del concurso.

8.2. Perjuicio patrimonial a la masa activa del concurso.

La regla básica de la subordinación del crédito para quien obstaculice el cumplimiento del contrato se basa en el hecho de ir en contra del interés del concurso, porque entiende la ley que esta obstaculización es no tan solo perjudicial para dichos intereses sino palmariamente incompatible con la idea o criterio general antes apuntado y contraria a los principios fundamentales del concurso de acreedores.

El perjuicio patrimonial a la masa activa del concurso debe entenderse como un sacrificio patrimonial de forma injustificada⁵²² que suponga una disminución del valor de los activos del concursado. Ante la ausencia de un artículo que se refiera claramente a ello podemos acudir, *grosso modo*, al criterio que se contiene en los actos rescindibles del artículo 71 LC, aunque éstos sean muy distintos de los criterios tradicionales de rescisión contractual⁵²³.

De cualquier forma, la equiparación siempre será algo forzada porque la presunción de perjuicio no es automática en tanto en cuanto un negocio jurídico puede resultar rescindible si se dan las presunciones de artículo 71.2 y 3 LC, de manera que si no se dan estas presunciones el perjuicio a la masa activa ha de probarse suficientemente (cfr. artículo 71.4 LC). Lo que parece claro es que existe perjuicio cuando, de forma injustificada, se produzca una disminución efectiva de la masa activa del concurso porque ello reduce o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales⁵²⁴.

La *ultima ratio*, pues, de la sanción de subordinación cuando hay obstaculización en el cumplimiento que conlleve un perjuicio a la masa activa, habrá que

⁵²² STS 7265/2012, de 26 de octubre, FJ 5º expresa que el perjuicio para la masa activa es «un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una disminución de valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76), y, además, debe carecer de justificación». De acuerdo a esto, AZNAR GINER, EDUARDO, *La acción rescisoria concursal...*, *op. cit.*, pág. 145, expresa que «[...] cabe exigir que tal perjuicio o sacrificio, carezca de justificación, concepto este de justificación que sólo puede ser resuelto a la vista de la motivación, de la razón o porqué de la ejecución del acto sospechoso. Pero no desde una perspectiva subjetiva, sino exclusivamente patrimonial o económica».

⁵²³ La SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 9 de octubre de 2013 contempla el concepto de actos perjudiciales a la masa activa del artículo 71.1 LC alejándolo de su fundamentación en la *par conditio creditorum*. Así señala la meritada sentencia, respecto del concepto de actos perjudiciales contra la masa, que «el artículo 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del concurso, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana».

⁵²⁴ Sobre el perjuicio a la masa activa y en esta línea y de forma más contundente, la STS de 26 de octubre de 2016 advierte que «[no es] necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso haya una relación causal».

buscarla —sin demasiado éxito, todo hay que decirlo— en la propia disposición que introduce el apartado 7º del artículo 92 LC, que lo fue mediante el número 3 del artículo 9 del Real Decreto-ley 3/2009 de 27 de marzo de Medidas urgentes en materia tributaria financiera concursal ante la evolución de la situación económica. En dicha norma se hace una vaga referencia a la legislación concursal (párrafos 6º y 7º del preámbulo) y parece ser que la justificación de la reforma va encaminada a facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia (*verbatim* en el preámbulo) y una genérica referencia a la agilización de los trámites procesales y reducción de los costes de tramitación.

Sin embargo —y como a veces ocurre en materia legislativa— la intencionalidad dista mucho de la realidad práctica del texto finalmente publicado. Valga si no un somero vistazo al capítulo III de este Real Decreto-ley que se intitula «Medidas en materia concursal»: se modifica la publicidad del concurso; se crea el Registro Público Concursal; se modifican o completan las facultades de la administración concursal; se regulan los acuerdos de refinanciación; se retoca de forma amplia el convenio, su tramitación, régimen de mayorías y oposición al mismo; se regula la liquidación anticipada —que se introduce a través del artículo 142 bis LC—; también sufren el empeño legislativo las normas procesales que rigen el concurso; los procedimientos simplificados cuando sea una persona natural o jurídica autorizada a presentar balance abreviado y con un pasivo no superior a los diez millones de euros; y, por fin —aunque no necesariamente en el orden relatado—, se rediseña sustancialmente el reconocimiento y subordinación de créditos modificando los artículos 87, 92 y 93 LC donde se aprovecha la ocasión para introducir el apartado 7º al que nos estamos refiriendo. En resumen: se utiliza un Real Decreto-ley sobre «medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica» para efectuar una reforma profunda de la Ley concursal.

En cualquier caso no es hasta la Ley 38/2011 de 10 de octubre cuando en su Preámbulo se remarca de forma prístina que la finalidad de la ley es la conser-

vación de la actividad profesional y empresarial del concursado⁵²⁵. A pesar de la buena voluntad de la ley en sus reiteradas modificaciones con el objetivo de favorecer el mantenimiento de la empresa —incluso por encima de la satisfacción del crédito a los acreedores— su resultado final es más bien exangüe. Decimos esto porque la obstaculización del contrato y la subordinación del crédito debe entenderse *lato sensu*: no solo perjudica al concurso quien obstaculice el cumplimiento de un contrato sino que también lo hace quien obstaculice la continuidad de la empresa. Este es nuestro criterio, que contrasta con otras opiniones doctrinales partidarias de la conservación empresarial a todo trance, o casi⁵²⁶.

Es más, también podría admitirse —aunque con las debidas cautelas— una aplicación analógica del perjuicio al interés del concurso cuando se produzca obstaculización reiterada en cumplir las obligaciones, sin tener en cuenta la intencionalidad del incumplidor. Analogía que debemos referirla al artículo 71.1 LC sobre rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa sin intención fraudulenta. Lo que nos lleva a concluir que puede admitirse sin mayor

⁵²⁵ Transcribimos el párrafo en cuestión por su claridad y cierto tono contrito del apartado I: «Sin embargo, el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado. Hoy por hoy, la mayor parte de los concursos que se tramitan concluyen con la liquidación de la empresa, el cese de actividades y el despido de los trabajadores. Realidad que tensiona el sistema legal, al que se acude menos y, en su caso, más tarde que en otros países, habida cuenta del estigma que pesa todavía sobre el concurso, como consecuencia de una concepción histórica y cultural, y sin que se haya conseguido aumentar el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios». También, el apartado V subraya que «uno de los vectores de la reforma es el que pretende favorecer la solución conservativa del concurso».

⁵²⁶ En este sentido BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA, *Declaración en concurso...*, *op. cit.*, pág. 39, expresa: «Quizás con base en máximas de la propia experiencia, la finalidad de la Ley concursal no está en sacar del mercado las empresas enfermas o agonizantes o empresas que manifiestan patologías, sino que tiende a conservarlas incluso en la fase de liquidación, como criterio favorecedor tanto del sistema económico como de los propios acreedores que ven, en la subsistencia de la empresa, aunque sea agónica y asistida artificialmente, la única fórmula que les permita cobrar sus créditos o una parte importante de los mismos».

esfuerzo argumental que el artículo 92.7º LC favorece la subordinación del crédito aunque no haya intención de perjudicar a la masa activa del concurso.

8.3. Analogía sancionadora y su aplicabilidad.

La analogía es, en términos generales, una relación de semejanza entre cosas distintas; en el ámbito del Derecho, la analogía es un método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella. Desde un punto de vista estrictamente jurídico la analogía es una técnica que tiene por finalidad rellenar lagunas de la ley mediante una utilización expansiva del derecho positivo⁵²⁷. A la postre es un procedimiento autointegrador de la propia norma jurídica por el cual un precepto previsto para un caso específico pueda ampliarse a otro con el que guarde semejanza. Es distinto de lo que conocemos como «interpretación extensiva» de la norma, porque ésta se aplica a casos que, si bien no están previstos en la norma, sí lo están en el espíritu de la ley; por el contrario, la analogía exige que no haya una disposición específica sobre la materia. La aplicación analógica se refiere a situaciones que no están previstas aunque sean semejantes.

Se suele distinguir entre la aplicación analógica a partir del propio texto (lo que se conoce como *analogia legis*) y la aplicación en base a los principios generales del propio ordenamiento jurídico, siempre que no exista una prohibición expresa por parte del legislador (*analogia iuris*). El título preliminar del Código civil admite el método de integración analógico en el artículo 4.1 cuando las normas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Es la clásica *analogia legis*. De la misma forma la disposición transitoria decimotercera del Código civil admite la analogía en base a los principios generales como fuente del Derecho que

⁵²⁷ Según definición de CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 2005, pág. 321 «[la analogía] es la aplicación extensiva de los principios extraídos de una norma al caso no previsto en ella, que tiene igualdad jurídica esencial con los casos o caso que esa norma regula».

conforma todo el ordenamiento jurídico⁵²⁸: es el epítome o compendio de la *analogía iuris*. Sin embargo, la analogía no está admitida en las normas que regulen infracciones y sanciones por aplicación del principio *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*, es decir, donde hay igual razón, hay igual disposición⁵²⁹, principio que no se puede aplicar, como hemos indicado (ni siquiera es admisible la interpretación extensiva), a las normas reguladoras de infracciones o sanciones ni en materia de derecho tributario⁵³⁰.

8.4. Mala fe contractual y analogía en sede concursal en orden a la aplicación de la sanción subordinatoria.

El artículo 92.7º LC exige, como requisitos fundamentales, la obstaculización del contrato y el perjuicio de los acreedores. La coincidencia con diversos preceptos de la Ley concursal en orden a la subrogación del crédito como sanción

⁵²⁸ La remisión genérica a los principios generales del derecho en la disposición transitoria décimotercera del CC tiene una «fuerza expansiva» evidente a otros órdenes jurisdiccionales. En el campo del derecho sancionador, por ejemplo, la distinción de la doctrina penalista entre analogía *in bonam partem* y analogía *in malam partem*, es decir, a favor o en perjuicio del inculpado, respectivamente, la jurisprudencia constitucional da pie para aplicar la analogía favorable, de manera que sólo resulta impedida la aplicación analógica *in peius* de las disposiciones represivas. Así en las SSTC de 15 de noviembre de 1990 y de 16 de marzo de 1998 que señalan la posibilidad de analogía «cuando la aplicación de la norma carece de tal modo de razonabilidad que resulta imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas interpretativas y valorativas extravagantes».

⁵²⁹ Véase el estudio de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO, «Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fasc. III, Ediciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 2012, pág. 1072, que advierte la necesidad de una similitud entre las materias objeto de analogía y la ausencia de norma directa aplicable, distinguiéndose la analogía de la interpretación extensiva, siendo ésta una interpretación «máxima o superlativa, quedando así también justificado que los límites que la restringen (ex art. 4.2 CC), sean mayores que los de la interpretación puramente extensiva, al quedar ésta situada en el siguiente escalafón de ampliación de la norma, entre la analogía y la interpretación declarativa lata».

⁵³⁰ Sobre prohibición de analogía en derecho tributario véase la Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos DGT V2329-12, de 10 de diciembre de 2013: «Como bien apunta el escrito de consulta, el principio de prohibición de la analogía en el ámbito tributario impide la aplicación de esa norma a los supuestos de autos sino exclusivamente a sentencias, siendo irrelevante el procedimiento que va a dar lugar al recurso de apelación contra un determinado auto judicial».

civil es evidente; nos referimos a la rescisión concursal del crédito del acreedor considerado de mala fe en el acto impugnado⁵³¹.

No obstante, el citado precepto nada indica sobre la buena o mala fe del acreedor dedicado a entorpecer el cumplimiento del contrato, por lo que, en principio, no puede exigirse la concurrencia de la mala fe en el acreedor⁵³², aunque teóricamente pueda responder de los daños y perjuicios que se causen. Tampoco esto es materia pacífica puesto que el acreedor que ha visto degradado su crédito (sanción civil) puede alegar que ya ha pechado lo suficiente, aunque, desde un plano teórico, la indemnización por daños queda en cierta forma al margen de la sanción ya que su finalidad es resarcitoria y, conforme al artículo 1107 CC, es diferente en el deudor de buena o mala fe: para el primero el resarcimiento alcanza solo a los daños previsibles, mientras que para el segundo se extienden a todos los que se deriven del incumplimiento, previsibles o no.

⁵³¹ PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, JUAN IGNACIO, *Perfiles de acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código civil español*, Editorial Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, pág. 231, señala que «es suficiente la *conscientia fraudis*, que se haya tenido conocimiento de que el enajenante tiene acreedores que con su adquisición van a resultar perjudicados, valorando también la diligencia media y el alcance de la ignorancia excusable». En el mismo sentido se pronuncia TORRES PEREA, JUAN MANUEL DE, *Presupuestos de la acción rescisoria*, Editorial Tirant lo Blanch, S.A., Valencia, 2001, págs. 427-428, al señalar que «[...] Realmente, las cuestiones de fuero interno no suelen trascender [refiriéndose al estado volitivo interno del deudor]. Por ello, la operatividad de este instituto nos exige flexibilizar el requisito subjetivo para hacer factible su efectivo ejercicio». Por tanto, añadimos, para que proceda la rescisión bastará con que quede probado o pueda presumirse que el adquirente era consciente de las consecuencias del acto en que intervino.

⁵³² En forma contraria se manifiesta ESPIGARES HUETE, JOSÉ CARLOS, en *La acción rescisoria concursal*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2011, pág. 234, para quien la norma en concreto no contiene una presunción de mala fe. Expresa que la ley no señala lo que deberá entenderse por mala fe para el caso de subordinación de crédito del acreedor que fuere declarado de mala fe en el acto impugnado, no pudiendo tampoco el autor valerse de presunciones: «No existen tales presunciones legales; ni siquiera en los casos de actos que se presumen perjudiciales por ser realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado»; En mismo sentido contrario FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ MARÍA, *Los efectos de la declaración...*, *op. cit.*, pág. 378. Por otro lado, se infiere que en sentido afirmativo parece pronunciarse AZNAR GINER, EDUARDO, *La acción rescisoria...*, *op. cit.*, pág. 366, al señalar que «[...] Por ello, si adquirente es una persona especialmente vinculada al deudor concursado, parece bastante complicado que no conozca la situación de insolvencia de este último y la perjudicialidad del acto impugnado».

La obstaculización del cumplimiento del contrato, en sede concursal, creemos que debe ser siempre consciente y dolosa, en cuyo comportamiento ilícito el acreedor incurre en una evidente mala fe al ser conocedor del posible perjuicio. No queremos decir que para apreciar obstaculización (y consiguiente degradación del crédito) deba exigirse mala fe sino sencillamente la representación mental del acto ilícito y la natural previsión de sus resultados perjudiciales⁵³³.

Como hemos apuntado en otro lugar, el artículo 71.1 LC admite que es posible la rescisión contractual aunque no haya intención de defraudar, siempre que se produzca lesión⁵³⁴. En cambio, el artículo 92.7º LC, en su parca redacción, tiene otra dimensión por cuanto basta la obstaculización reiterada y el perjuicio al concurso. Y, añadimos nosotros, el conocimiento o la ciencia de la irregularidad del acto y de sus posibles consecuencias.

Además —y en concordancia con lo señalado *supra* sobre el perjuicio para la masa activa entendido este como «sacrificio patrimonial injustificado»— en la obstaculización del contrato no puede soslayarse el análisis de si ha existido o

⁵³³ PÉREZ BENÍTEZ, JACINTO JOSÉ, «Créditos subordinados tras la reforma de la Ley concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre», *Tratado Judicial de la insolvencia*, (dirs. P. Prendes y A. Muñoz) tomo II, Editorial Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pág. 381, concede que la intención de fraude no es requisito necesario para la rescisión, «pero su presencia influirá de forma decisiva en los efectos del pronunciamiento estimatorio de la acción». En este mismo sentido se pronuncia la STS de 26 de octubre de 2012: «No se requiere malicia o ánimo de defraudar, bastando conciencia de que se puede causar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora. El "*consilium fraudis*" se entiende de una manera amplia [...] Basta que el deudor haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio, pero se requiere también la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata».

⁵³⁴ AZNAR GINER, EDUARDO, *La acción rescisoria concursal...*, *loc. y op cit.*, pág. 138, señala que «[...] la ley no prescinde del fraude para la acción rescisoria concursal, sino que lo objetiviza». Por su parte, SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, Editorial Tirant Lo Blanch, S.A. Valencia, 2013, pág. 26, señala que «[...] el fraude no se exige para el ejercicio de las acciones rescisorias concursales, y no porque se prescindiera de él, sino simple y llanamente porque no se requiere como elemento configurador del ejercicio de la acción rescisoria concursal [...] la eliminación del fraude está además en línea con la tendencia apuntada de objetivar la exigencia de responsabilidad y de exigir tan solo el conocimiento por el concursado de su estado de insolvencia y de que con su actuar se pone en peligro a los acreedores».

no mala fe en los actos del acreedor⁵³⁵, y si sabía o no podía ignorar que estaba realizado un acto perjudicial para la masa activa del concurso⁵³⁶. En resumen, si bien el ánimo que impregna toda obstaculización al cumplimiento de un contrato en sede concursal no exige *per se* la mala fe, sí que es exigible la conciencia de que se puede causar un perjuicio al concurso, que otra cosa no es el *consilium fraudis*, o sea, la cognición del deudor del eventual perjuicio y el daño a los restantes acreedores.

8.5. El ejercicio de la «*exceptio non adimpleti contractus*» como supuesto de no obstaculización.

Cabe preguntarse si el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* podría constituir un supuesto de obstaculización al cumplimiento del contrato que haga merecedor al acreedor de la sanción subordinatoria. Entendemos que esto no es posible por cuanto la particularidad del ejercicio de esta excepción no cuadra afinadamente en el supuesto de obstaculización reiterada del artículo 92.7º LC.

La *exceptio non adimpleti contractus*, o excepción de contrato no cumplido, es una de las habituales excepciones al incumplimiento contractual y precisa siempre de una prueba completa y convincente (*qui excipit probare debet quod excipitur*). Es una facultad que asiste a una de las partes en un contrato sina-

⁵³⁵ SANCHO GARGALLO, IGNACIO, «Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», en *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 103, nº 4, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 2004, pág. 1147, expresa que «[...] fuera de estos supuestos, cuando el acto de disposición no es a título gratuito, en la medida que suponga un detrimento patrimonial deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización».

⁵³⁶ En sentido contrario parece manifestarse, en cambio, AZNAR GINER, EDUARDO, *La acción rescisoria concursal*, *Ibidem*, pág. 363, al entender «[...] concurre mala fe [respecto del acreedor] cuando resulte que este tenía conocimiento o debía conocer, la situación de insolvencia del deudor y de la perjudicialidad del acto objeto de rescisión al tiempo de realizarse el mismo».

lagnámico para oponerse al cumplimiento de las obligaciones pactadas, siempre que la otra parte no haya cumplido con la obligación que le corresponde. La excepción se basa en el artículo 1124 CC, en el cual ya se apunta que cuando se trata de contratos bilaterales o sinalagmáticos los respectivos contratantes pueden negarse a realizar la obligación si la otra parte no cumple con la suya. De lo dicho se deduce que para que esta acción pueda prosperar se necesita un contrato bilateral y no es factible su ejercicio por vía de excepción para los contratos sinalagmáticos imperfectos⁵³⁷.

Para que opere la excepción el incumplimiento debe ser esencial e importante —no basta el simple incumplimiento defectuoso— y afectar a las obligaciones principales del contrato. También deben ser de cumplimiento simultáneo, por lo que no entran en este supuesto las obligaciones que estén sometidas a término. Si las obligaciones de una de las partes están sometidas a algún término o condición, de modo que su ejecución sólo fuese exigible después de cumplirse esas modalidades, y las obligaciones de la otra parte fueren de ejecución inmediata, la parte a quien se le exigiere el cumplimiento no podría oponer la excepción, pues ésta supone el incumplimiento de la otra parte y tal incumplimiento no ha podido suceder mientras no se cumplan las modalidades que hacen exigible la obligación. Se requiere, asimismo, que el incumplimiento sea culposo. Tampoco cabe oponer esta excepción si el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes⁵³⁸.

⁵³⁷ Los contratos sinalagmáticos imperfectos son aquellos en los que el contenido de la obligación de las obligaciones corresponde a una sola de las partes, en el momento de concertar el contrato. Esto no excluye —en este tipo de contratos— la posibilidad de que, a su finalización, la otra parte resulte obligada a realizar determinadas prestaciones. Tomemos como ejemplo el contrato depósito, cuya posesión lo es a través de otra persona (*possessor pro alio*) y en el que la parte obligada es siempre el depositario, aunque al finalizar el mismo el depositante puede resultar obligado a satisfacer gastos de conservación de la cosa con los perjuicios causados (artículo 1779 CC). Visto lo cual, es de dudosa la aplicación de la excepción de contrato no cumplido a los contratos sinalagmáticos imperfectos, pero, en el caso comentado de depósito con obligaciones para el depositante, creemos que se trata de un contrato sinalagmático perfecto por haberse pactado una remuneración y establecerse de forma no discutible un doble vínculo contractual y, en consecuencia, aplicable la excepción.

⁵³⁸ Puede verse al respecto FERNÁNDEZ HIERRO, JOSÉ MANUEL, «La exceptio non adimpleti contractus», *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, vol.

En sede concursal la consecuencia inmediata de la *exceptio non adimpleti contractus* es la de suspender los efectos contractuales aunque no, obviamente, la extinción del contrato, que solo se alcanza en el concurso de acreedores con el éxito de una acción resolutoria, a salvo siempre de lo dispuesto para los contratos de tracto sucesivo en los que la declaración de concurso no afecta a la facultad resolutoria, siendo irrelevante que el incumplimiento resolutorio tenga lugar antes o después de la declaración de concurso.

En suma, el ejercicio de esta acción en sede concursal no presupone de forma automática la subordinación del crédito en base a que dicho ejercicio signifique la existencia de una voluntad obstructiva, pues la excepción de incumplimiento no modifica ninguna situación jurídica sino que provoca, sencillamente, una mera suspensión provisional del cumplimiento de la obligación⁵³⁹.

9. La sanción subordinatoria y la posible moderación por el Juez del concurso.

Es razonable plantearse la cuestión de si es o no posible moderar los efectos de la subordinación en caso de obstaculización del contrato. La ley nada aclara en este aspecto ya que se limita a considerar como subordinados los contratos con

43, nº 2, Bilbao, 1995. También la STS de 18 de diciembre de 2012, que dice: «[...] la *exceptio non adimpleti contractus* presupone que el contrato bilateral está pendiente de cumplimiento por ambas partes, pues [...] provoca una mera suspensión provisional del cumplimiento de la obligación, lo que presupone que es posible su cumplimiento. No cabe oponer esta excepción porque su invocación presupone que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes y por ello el crédito reclamado es un crédito contra la masa (art. 61.2 LC).

⁵³⁹ SAN MIGUEL PRADERA, LIS PAULA, en «Sentencia de 18 de diciembre de 2012. La *exceptio non adimpleti contractus* frente a la solicitud de inclusión de un crédito en la lista de acreedores», Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, nº 94, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2014, págs. 71-98. «En este sentido, la reparación y sustitución (por el contratante incumplidor) son en verdad cumplimiento en forma específica, la reducción del precio es un remedio en dinero analíticamente englobable en la indemnización de daños, y la *exceptio non adimpleti contractus* es una suspensión de la eficacia contractual, no alejada conceptualmente —aunque sea temporal— de la resolución».

obligaciones recíprocas en los que el acreedor obstaculice el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso. Una primera lectura nos lleva a la indefectible conclusión de que la subordinación debe serlo por la totalidad del crédito derivado del contrato, sin más.

No obstante, si se acepta la tesis de la posibilidad de moderación de la sanción, es obvio que aquélla no puede ser de otra forma que mediante la reducción del montante de la subordinación, o sea, una subordinación cuantitativa y parcial. Y creemos que no existen demasiados inconvenientes en admitir esta posible moderación tanto por la naturaleza de sanción civil del artículo 92.7º LC como por la posibilidad de que concurren en el supuesto obstaculizador múltiples circunstancias que hagan que la aplicación de forma maquinales de este precepto sea algo gravoso o desproporcionado. La cuestión es, pues, si el juez del concurso, atendidas estas circunstancias particulares, puede o no moderar los efectos que se derivan de la rigurosa aplicación de esta sanción subordinatoria.

Hay que recordar que lo que determina la aplicación de la sanción es el comportamiento antijurídico del acreedor y, más específicamente, la causación de perjuicio o daño al interés del concurso. La aplicación a todo trance de la norma —subordinando siempre la totalidad del crédito— no conjuga del todo bien con la propia naturaleza jurídica de esta sanción civil, que no tiene, volvemos a insistir en lo indicado *supra*, una función de resarcimiento de los daños y perjuicios. Incluso es posible que la actitud obstructiva cause unos perjuicios al contrato —y al concurso— menos importantes que los que, comparativamente, puedan engendrarse al acreedor con la subordinación total de su crédito.

Algún sector doctrinal se pronuncia a favor de esta moderación en circunstancias concretas y particulares⁵⁴⁰. Nos apuntamos a esta posibilidad, aunque no

⁵⁴⁰ MARÍN DE LA BÁRCENA, FERNANDO, «Subordinación de créditos por obstaculización de contratos (Art. 92.7 LC)». *II Congreso de Derecho Internacional sobre Derecho Concursal*, Universidad Complutense de Madrid, 2001: «La subordinación, como consecuencia añadida al resarcimiento de daños, responde a la idea de que no debe concurrir en condiciones de igualdad el que ha perjudicado el interés de la colectividad. La aplicación de una norma de esta naturaleza no debe llevar a consecuencias desproporcionadas, lo que exige reconocer al juez ciertas facultades de moderación del alcance de su resolución, por razones similares de equidad que justifican la modera-

sea más que por dar carta de naturaleza a un razonamiento jurídico *praeter legem* respecto de un precepto concursal (el artículo 92.7º) con notables deficiencias de redacción.

No hay duda de que esta sanción subordinatoria goza de una interesante analogía con la cláusula penal del artículo 1152 CC, por más que su identidad no sea del todo exacta, porque la cláusula penal es un correctivo pactado entre las partes contratantes y su función cardinal es la de ser un mecanismo sustitutivo de la indemnización de daños y perjuicios, aunque no siempre ni en todo caso porque se requiere su pacto expreso⁵⁴¹. Partiendo, pues, de la naturaleza jurídica de la cláusula penal más que de sus efectos propios, nos atrevemos a considerar seriamente la posibilidad moderadora del juez aplicable al 92.7º LC (porque, en definitiva, *ubi eadem ratio, idem ius*).

Según el artículo 1154 CC el juez puede modificar de forma equitativa la pena convencional —recurriendo a los criterios de la equidad, sin más— cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. Y no hace falta la petición expresa de la parte afectada sino que puede declararse de oficio. En efecto, después de algún vaivén interpretativo sobre la necesidad de solicitud formal de la modificación de la pena (con el argumento de ser esta convencional y no legal)⁵⁴² la jurisprudencia finalmente ha admitido

ción de las denominadas sanciones civiles (art. 1154 CC y la Jurisprudencia que lo interpreta)».

⁵⁴¹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, *Código civil comentado...*, *op. cit.*, «artículo 1152»: «[...] la obligación con cláusula penal es la obligación cuyo incumplimiento se sanciona con una pena convencional. Cláusula penal es aquella en la que la pena convencional se establece. Pena convencional es la sanción, que se pacta que ha de sufrir el deudor, en el caso de incumplimiento de la obligación. Si no se ha pactado expresamente lo contrario, la pena convencional tiene la función liquidadora de los daños y perjuicios que pueda producir el incumplimiento de la obligación principal, sin que haya que probarlos».

⁵⁴² La STS de 7 de octubre de 2011 nos dice que alguna jurisprudencia aislada dice que hay que pedirlo «no se comparte la alegación sobre la aplicación de oficio de la moderación, porque [...] no nos hallamos ante un precepto imperativo que deba ser aplicado sin previa rogación de la parte interesada, pues obviamente hay que entender que, si no se pide otra cosa, la parte se conforma con la previsión contractual».

que la moderación equitativa de la pena, si la obligación es irregularmente cumplida o solo en parte, puede declararse de oficio⁵⁴³. En sede concursal la obstaculización reiterada del contrato no tiene entidad lógico-gramatical suficiente como para entender frustrado, total o parcialmente, el fin del contrato; al no clarificarlo adecuadamente el texto legal, se abre la puerta a la posibilidad de que el juez del concurso pueda modificar y suavizar la aplicación de la sanción subordinatoria. La obstaculización no quiere decir, *per se*, incumplimiento total del contrato, de modo que si se aprecia solo la obstaculización (por muy reiterada que sea), sin que de ella resulte un incumplimiento total, puede aplicarse la doctrina de la moderación por parte del juez del concurso⁵⁴⁴, subordinando el crédito en la parte que estime adecuada a tenor del grado de obstaculización. Además, cualquier daño que se cause al concurso es reclamable y este resarcimiento de daños y perjuicios es perfectamente compatible con la sanción de subordinación.

Otra justificación de esta tesis se encontraría en la similitud (*analogía iuris*) que presenta con la estipulación contractual sobre los intereses moratorios, que no deja de ser un pacto que pretende ser liquidatorio de los daños y perjuicios con ocasión de un incumplimiento y, además, sancionador, argumento que podemos encontrar en algunas resoluciones jurisprudenciales más recientes⁵⁴⁵. A

⁵⁴³ En sentido contrario —actualizando aquella doctrina— la STS de 30 de abril de 2013 contiene una síntesis de la jurisprudencia en la aplicación del artículo 1154 CC resaltando que el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor y que al precitado artículo «encierra un mandato expreso que el Juez ha de cumplir, aunque no hubiera sido instado a ello por ninguna de las partes».

⁵⁴⁴ Así de rotunda se muestra, entre otras (de 30 marzo 1999 y 7 febrero 2002, por ejemplo), la STS de 17 de diciembre de 2003 cuando dice que «[...] es un presupuesto para la aplicación del art. 1154 CC, la existencia de un cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, de modo que el precepto resultaría inaplicable ante un incumplimiento total».

⁵⁴⁵ SJM nº 1 de Barcelona de 24 de mayo 2016 en la que se puede apreciar la razón de esta distinción «[...] porque la cláusula de interés moratorio es en sustancia una estipulación que pretende, además de resarcir los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, sancionar a la parte que incumple, de forma que cumple una función preventiva, intentar evitar que el incumplimiento se produzca».

fortiori, esta argumentación sería congruente con la doctrina del Tribunal Supremo que consagra en la cláusula penal una doble función: una punitiva⁵⁴⁶, o de garantía para estimular el cumplimiento de la obligación principal, y otra liquidativa de los daños causados calculando de forma anticipada tales daños. De ahí que el cumplimiento irregular pueda ser el motor que ponga en marcha la facultad moderadora del juez en base al artículo 1154 CC, siempre bajo causas objetivas de incumplimiento parcial o irregular más que en razones de equidad o falta de proporción, a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones o, sin ir más lejos, en los Principios del Derecho Europeo de Contratos⁵⁴⁷.

9.1. Proporcionalidad entre la sanción subordinatoria y su resultado o finalidad.

El principio de proporcionalidad es uno de los principios generales del Derecho que conforman el ordenamiento jurídico. Un referente claro del principio de proporcionalidad aplicado al derecho sancionador —ya hemos concluido antes que la sanción subordinatoria por obstaculización del contrato es una expresión de este derecho sancionador— la encontramos en el artículo 247 LEC que proclama el respeto a las reglas de la buena fe procesal y la imposición de multas en caso de inobservancia, regulando, en su apartado tercero, la imposición de tal sanción que deberá hacerse mediante acuerdo motivado, respetando siempre el principio de proporcionalidad, para lo cual deberán tenerse en cuenta las cir-

⁵⁴⁶ Estrictamente punitiva y con la finalidad de castigar el incumplimiento con unas consecuencias más gravosas para el deudor que la que supondría el mero apartamiento unilateral del contrato.

⁵⁴⁷ Véase la solución ofrecida por el artículo 9:509 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) relativa a la indemnización pactada para el caso de incumplimiento «Si se hubiera dispuesto en el contrato que en caso de incumplimiento de una parte ésta deberá pagar una suma determinada de dinero a la parte lesionada por dicho incumplimiento, el perjudicado recibirá dicho importe con independencia del daño efectivamente causado. Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias».

cunstancias del hecho concurrente y los perjuicios que se puedan causar al procedimiento (*mutatis mutandis*, al interés del concurso)⁵⁴⁸.

En materia concursal este principio de proporcionalidad es especialmente aplicado en las reclamaciones sobre reconocimiento de créditos del letrado y procurador del concurso como créditos contra la masa⁵⁴⁹, y en los que la jurisprudencia imperante tiende a una suavización o modificación importante de estos derechos atendiendo a dicho principio de proporcionalidad, y negándose, inclusive, la aplicación automática de los derechos arancelarios de los procuradores con el argumento de que este principio de proporcionalidad (a la baja, es natural) lo es en beneficio del concurso.

La reducción de honorarios y aranceles de los profesionales intervinientes en un concurso de acreedores suele admitirse por la jurisprudencia sin vacilaciones⁵⁵⁰; y es curioso cómo se soslaya (no entendemos muy bien bajo qué apoyatura legal) la aplicación del Real Decreto-ley 5/2010 sobre las escalas a aplicar por los procuradores y cómo se prescinde de lo establecido en el Real Decreto-

⁵⁴⁸ Así aparece recogido en la SJM nº 1 de Barcelona de 25 de abril de 2016, cuando se advierte expresamente que las circunstancias fácticas y los perjuicios causados al procedimiento deben tenerse en cuenta para la imposición de la cuantía de la sanción y su proporcionalidad.

⁵⁴⁹ MAGDALENO CARMONA, ANTONIA M. Y BENEYTO PALLÁS, KILLIAN, «El concurso de acreedores de persona física: problemas pendientes y soluciones legislativas propuestas», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 30, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2013, págs. 269-282, que admite que los honorarios de los letrados o aranceles de los procuradores «van en función de la masa activa y pasiva del concurso, es decir, rige el principio de proporcionalidad».

⁵⁵⁰ *Ad exemplum* la reciente SJM nº 2 de Bilbao, de 26 de enero de 2016 en cuanto hace referencia a la no aplicación automática del Real Decreto-ley 5/2010 «cuya moderación corresponde en exclusiva al juez del concurso en aras de aplicación de este principio de proporcionalidad». Repasa, como es habitual, esta sentencia la percepción de honorarios del letrado y consagra su moderación (con lo que ya hemos dicho que estábamos de acuerdo por tratarse de un pacto entre abogado y cliente) «[...] incluso en el supuesto en que habiendo de ser satisfechos los honorarios con cargo a la masa los pactos entre el cliente y el letrado de la concursada no vincula a los intereses del concurso de acreedores no siéndole de aplicación este pacto contractual». O también en la SAP de Zaragoza de 23 de febrero de 2012 que sanciona «[...] tanto los derechos de la procuradora como los honorarios de los letrados no pueden considerarse en un concurso de acreedores como una mera relación inter partes, pues afectan de manera muy importante a terceros, que son los acreedores del concurso».

ley 1373/2003 que los fija en su conjunto. Si bien puede admitirse el «superior interés del concurso» en los honorarios de letrado —por dimanar de un pacto contractual entre cliente (concurtido) y abogado—, no vemos la manera de justificar, por mucho interés concursal que se esgrima, la elusión del cumplimiento de un Real Decreto-ley, salvo que admitamos (y la distinción no siempre es fácil, dado lugar a una cierta arbitrariedad) unos dispares efectos entre normas imperativas y las dispositivas, al permitir estas últimas el pacto en contra. En su virtud, el cliente podría no respetar los derechos arancelarios y llegar a un acuerdo con el procurador, pero el juez del concurso, entendemos, no puede arrumbar los mencionados decretos y fijar una retribución a su libre criterio.

Llamamos especialmente la atención sobre el hecho de que esta doctrina jurisprudencial lo que hace es relativizar el alcance del artículo 1255 CC en su aplicación práctica en sede concursal, a cuyo texto se le «adiciona» (o, mejor dicho, «matiza»), que el pacto será libre *inter partes* siempre que no sea contrario a las leyes, a la moral ni al orden público, haciéndolo extensivo al particular orden público concursal⁵⁵¹.

Advertimos, no obstante, que esta opinión es una voz en el desierto porque la jurisprudencia es unánime en este aspecto, y la doctrina en su mayoría ha mirado hacia otro lado.

La aplicación del principio de proporcionalidad tiene transcendencia constitucional en tanto en cuanto no deja de ser una restricción de un derecho subjetivo. Por ello la doctrina del Tribunal Constitucional insinúa sobre la necesidad comprobar en cada caso concreto si se cumple el requisito de «idoneidad»; es decir, calibrar si para conseguir el fin que se propone con la medida de la proporcionalidad es ésta necesaria o si puede ser sustituida por otra que cause me-

⁵⁵¹ Para comprender todo cuanto hemos expuesto debemos contemplarlo bajo el prisma de que el «interés del concurso» es materia de orden público concursal, entendido este como orden público socio-económico. En esta visión del derecho de los contratos se subordina el ejercicio de los derechos de los acreedores a las exigencias colectivas, y a la prevalencia de un interés público en todo concurso de acreedores confiado al Ministerio Fiscal en la Exposición de Motivos de la Ley concursal (apartados IV y VIII), y *nominatim* en los artículos 4, 12, 169, 170, 174 y 184 LC.

nos perjuicio al interesado, más allá de la superficial comprobación de si la medida de proporcionalidad tiene más o menos ventajas para el interés general o causa perjuicios innecesarios (doctrina, obviamente, extrapolable al «interés del concurso»)⁵⁵².

En el ámbito concursal —y sin perder de vista la doctrina del TC— deben respetarse estos principios de idoneidad y necesidad. Si la finalidad del proceso concursal es la satisfacción de los acreedores —ya sea mediante la consecución de un convenio o la continuidad de la empresa— debe ponerse en relación siempre el grado de incumplimiento o de obstaculización por parte del acreedor cuya conducta le hace merecedor de la sanción subordinatoria. Ello comporta la necesidad de saber si el acreedor que obstaculiza lo hace sin justificación alguna o creyendo que lo hace en el ejercicio legítimo de un derecho que le asiste, certeza que solo puede alcanzarse mediante un juicio de ponderación por parte del juez y a través de un proceso con todas las garantías⁵⁵³.

Al hilo de la proporcionalidad de la sanción y la trascendencia de la misma sobre el crédito del acreedor en tanto en cuanto representa una limitación al propio derecho de crédito —y siguiendo la doctrina constitucional— ya sabemos que no existen los derechos absolutos, pero no resulta tan clara la distinción entre «derechos absolutos» e «ilimitados», desde el propio prisma constitucional. Es cierto que el TC ha declarado que todos los derechos tienen sus

⁵⁵² La STC de 10 de julio de 2000 ya nos advierte en sus primeros razonamientos, que «cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad»; y no tan sólo la observancia sino que nos ilustra de forma bastante diáfana, sobre cómo debe superarse el juicio de proporcionalidad, para lo cual señala tres requisitos, a saber: si tal medida es idónea y, por tanto, susceptible de conseguir el objetivo propuesto; si, además, es necesaria, en tanto en cuanto no se pueda acudir a otra más suave y con la misma efectividad; y, finalmente, «si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

⁵⁵³ Véase en este sentido CARRERAS MARAÑA, JUAN MIGUEL «Efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado: análisis del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio» *Estudios de derecho judicial*, nº 54, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 289-292.

límites, aunque es posible defender sin rubor que no «todos los derechos» los tienen. Pensemos, sin ir más lejos, en el derecho constitucional a la integridad física y moral del artículo 15 CE, consagrado con el sintagma de «en ningún caso» al referirse a privación de dicha integridad⁵⁵⁴.

El acreedor tiene derecho a que se respete su crédito por tratarse de un derecho subjetivo de ámbito privado y de naturaleza económica, derivado de la prestación libremente pactada y consentida en un contrato válidamente celebrado. Los ciudadanos y los poderes públicos están todos ellos sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, debiendo evitarse una invasión extraordinaria o desmedida en la autonomía privada y en la libertad contractual⁵⁵⁵.

10. El perjuicio del concurso como requisito de subordinación.

⁵⁵⁴ No nos referimos —ni vamos a entrar— a la inveterada discusión filosófica sobre los derechos absolutos como herederos de las normas de Derecho Natural, anteriores al derecho positivo, permanentes e inmutables.

⁵⁵⁵ Son los que en la doctrina constitucionalista se conoce como «conflictos horizontales». Lo analiza VIVAS TESÓN, INMACULADA, en *Bienes de la personalidad*, «La horizontalidad de los derechos fundamentales», Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Universidad de Murcia, 2008, págs. 205.2013: «En los conflictos horizontales, el juez debe respetar, con sumo cuidado, la libertad individual, evitando una invasión desmesurada del principio de autonomía privada, libertad contractual y, en definitiva, del Derecho Privado, de ahí que la doctrina de la *Drittwirkung* [...] deba reservarse, rigurosamente, a supuestos de grave infracción de derechos fundamentales que, agrediendo, razonablemente, valores esenciales y mínimos de la convivencia social, supongan un atentado al orden público». Y también BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO JOSÉ, *et alii*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2004, pág. 189: «Ya se vio cómo la mención del artículo 53.1 CE ha de entenderse, en consonancia con la genérica prescripción del artículo 9.1 CE, como el establecimiento de una vinculación positiva que afecta a aquéllos y no a los particulares, nunca como la ausencia de obligatoriedad de los derechos fundamentales respecto de estos últimos (STC 177/1988, FFJJ 3.º y 4.º), por más que parte de la doctrina así lo haya pretendido. El problema de mayor interés y complejo resulta el de colisión, sea probablemente este “el” problema de la *Drittwirkung*. La compleja y delicada ponderación que, para resolver tal colisión, a final de cuentas, se plantea entre derechos fundamentales y autonomía privada o, si se prefiere, entre derechos fundamentales y libertad de actuación».

Como requisito indispensable para la subordinación del crédito al acreedor obstaculizador, el apartado 7º del artículo 92 LC exige que la obstaculización se realice en perjuicio del interés del concurso. Ya hemos dicho que el interés del concurso es un concepto jurídico indeterminado y la Ley concursal no nos define lo que pueda ser este concepto. Debemos, en consecuencia, teorizar y apuntar que el interés del concurso tiene una doble faz: por un lado, significa la preservación o conservación del activo, y, por otro, el ejercicio de las acciones de reintegración como remedio complementario para esta preservación y consecución de la finalidad concursal del mayor pago a los acreedores.

En esencia, un concepto jurídico indeterminado es una «intuición» que se utiliza en el ámbito jurídico, y que hace referencia a una cuestión que no puede comprobarse de una forma real, sino ideal, por ejemplo el «precio justo» en una expropiación forzosa⁵⁵⁶. El concepto jurídico indeterminado no guarda ninguna relación con las «lagunas legales» de un ordenamiento jurídico, que pueden ser suplidas con el método analógico. El concepto jurídico indeterminado hace referencia, de forma desdibujada, a un supuesto de hecho que puede englobar varias situaciones y no menos desiguales contextos; es una intuición mental flexible ya que puede aplicarse a diferentes realidades jurídicas que en el momento de dictarse la norma jurídica se desconocían o no se podían prever.⁵⁵⁷

Otro ejemplo clásico de concepto jurídico indeterminado es la «diligencia de un buen padre de familia», citado *expressis verbis* en los artículos 270 y 497

⁵⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho...*, loc. y op. cit., pág. 443 nos ofrecen una aceptable definición de concepto jurídico indeterminado: «Ocurre que en los conceptos jurídicos indeterminados la ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación».

⁵⁵⁷ ORTEGA GUTIÉRREZ, DAVID, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española. Un avance doctrinal hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística*, Dykinson, S.L., Madrid, 2009.

CC. También es un concepto jurídico indeterminado el «orden público», que en la doctrina administrativista se conoce como un «indiferente jurídico»⁵⁵⁸.

En la Ley concursal existen varios pasajes que contienen referencias a conceptos jurídicos indeterminados. Un ejemplo al azar es el artículo 37 LC cuando establece las causas de separación de la administración judicial: la «justa causa»⁵⁵⁹ para su separación es un concepto jurídico indeterminado que reside en el incumplimiento grave de las funciones como administrador⁵⁶⁰. De una manera más evidente, la Ley concursal intenta objetivar el concepto cuando —en el mismo artículo citado sobre la separación de los administradores concursales— trata sobre la resolución de impugnaciones del inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una cuantía igual o superior al veinte por ciento de la masa activa o la lista de acreedores presentada por la administración concursal en su informe.

⁵⁵⁸ Así, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998, pág. 483, establece que cuando se habla de discrecionalidad en el ámbito administrativo se hace referencia a una libertad para elegir entre varias alternativas que son esencialmente justas «[...]o si se prefiere entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos».

⁵⁵⁹ Explícita es la SAP de Girona de 16 de Diciembre de 2013 sobre este artículo cuando dice: «[...] el art. 37 LC no contiene una descripción de lo que debe entenderse por justa causa, ni un catálogo de supuestos de la misma. Es pues un concepto normativo indeterminado, que debe de ser interpretado jurídicamente en relación con los concretos hechos que se pongan en conocimiento del juzgador. [...] además de otros supuestos concretos (arts. 151.2, 152 y 153 LC) la Exposición de Motivos de la Ley concursal alude a la separación por justa causa [...] y a las facultades discrecionales del juez para la separación de los administradores concursales. Pues bien, dentro de este concepto jurídico indeterminado de “justa causa”, se integra la imparcialidad para el ejercicio de la función de administración concursal de igual forma que se exige a un juez».

⁵⁶⁰ Esta especie de concreción del concepto jurídico indeterminado de justa causa (u objetivización de la misma) se realizó mediante el añadido de este párrafo al punto 1 del artículo 37 LC, modificado por el apartado 11 del artículo único de la Ley 17/2014 de 30 de septiembre por la que se adopta medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la orden empresarial.

Íntimamente relacionado con el perjuicio al concurso está el también indeterminado concepto de «interés del concurso», al que la Ley concursal parece emparentar con la satisfacción de los acreedores, al margen cualquier referencia de la masa activa del concurso⁵⁶¹. Pero también se dan opiniones partidarias de combinar ambas razones, es decir, la satisfacción a los acreedores y la optimización del activo del concursado. En la ley el interés del concurso se menciona en varios preceptos (artículos 43, 61.2, 63.2, 84.3, 92.7º, 148.2 y 165.1.2º LC), así como en la Exposición de Motivos (apartado III, párrafo 10º) cuando alude a la ejecución de garantías reales —aunque se habla de «interés de la masa pasiva»—, o se refiere al pago de los créditos con privilegio general (apartado VII, párrafo 8º, citando en este caso el «interés de la masa»).

Sentado lo anterior, veremos sin dificultad que el perjuicio para el concurso⁵⁶² viene a ser lo contrario del interés del concurso; el perjuicio es una idea en negativo del «interés». Debido a esta indeterminación del concepto nos vemos obligados a dotarlo de algún contenido plausible, lo que se consigue recurriendo al argumento de la causación de un sacrificio patrimonial injustificado en la

⁵⁶¹ La SAP de Valencia de 22 de diciembre de 2010 admite prioritariamente que el interés concursal lo representa la mejor satisfacción de los intereses de los acreedores (que parece ser la finalidad del concurso, dice *expressis verbis* la sentencia) sobre todo cuando la Exposición de Motivos se refiere a las soluciones del concurso como la satisfacción de los acreedores «finalidad esencial del concurso (apartado II párrafo 4º). La sentencia dice textualmente: «Es, en definitiva, un concepto jurídico indeterminado, que se viene entendiendo como la mayor satisfacción de los acreedores del deudor concursado, lo que dependerá de las circunstancias concurrentes de cada caso». Este criterio lo sigue la mayor parte de la jurisprudencia menor, como puede verse a título de ejemplo, en la SJM nº 1 de Badajoz de 30 de diciembre de 2015: «[la finalidad del concurso es] la maximización del valor del patrimonio concursal a fin de alcanzar el objetivo primordial de la satisfacción de los acreedores, o, dicho de otra manera, en lograr la mayor atención, satisfacción o pago a los acreedores».

⁵⁶² El Tribunal Supremo (SS de 26 de octubre de 2012 y de 27 de octubre de 2010), ensaya una definición de perjuicio concursal al considerarlo como la «lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso». Ciertamente es una definición bastante completa.

masa activa concursal, entendido ello como una reducción del valor de su activo⁵⁶³.

El perjuicio concursal sin embargo no es equivalente —en lo que a su naturaleza jurídica se refiere— al fraude de la acción pauliana ya que el artículo 71.1 LC excluye de forma expresa cualquier elemento de intencionalidad al establecer una presunción *iuris tantum* de alteración de la *par conditio creditorum*. Lo único que tiene en común el perjuicio concursal con el fundamento de la acción pauliana es la lesión patrimonial, aunque no es homologable a la «alteración de la *par conditio creditorum*». La noción clave, en definitiva, es el sacrificio patrimonial injustificado y la disminución del activo; y, añadimos, todo ello debidamente «objetivado» en tanto en cuanto no tienen carta de naturaleza ni los motivos ni las consecuencias subjetivas del sacrificio patrimonial. Y ello al margen de que en sede concursal la acción rescisoria viene «objetivada» al reemplazar la idea de fraude por la de perjuicio, sin que a pesar de todo no quede del todo excluido el elemento subjetivo si nos fijamos en las presunciones sobre el perjuicio a la masa que se contienen en los artículos 71.2 y 3 y 73.2 y 3 LC (este último en cuanto a los efectos de la rescisión si se declara la mala fe del concursado)⁵⁶⁴. En cualquier caso, el perjuicio ha de producirse a la totalidad de los acreedores y no a uno o varios.

11. Presupuestos procesales para la solicitud de subordinación.

⁵⁶³ Sobre el concepto de perjuicio patrimonial se ha pronunciado la jurisprudencia en varias ocasiones, destacando la SAP Barcelona de 6 de febrero de 2009, que considera que para dotar de contenido al concepto indeterminado se debe acudir al «sacrificio patrimonial injustificado [...] El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial».

⁵⁶⁴ Objetivación que pone de relieve ALCOVER GARAU, GUILLERMO, «Comentario al artículo 71 LC», en *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 770 y ss.

Utilizamos la expresión «presupuestos procesales» en el sentido que le otorga VON BULOW⁵⁶⁵, de forma que tales presupuestos tienen por sí mismos una connotación anterior al proceso y significan o se refieren a los requisitos que constituyen las bases necesariamente previas y que habrán de cristalizar en una relación jurídico procesal. Sin embargo, un análisis dogmático muy completo es el efectuado por ALONSO-CUEVILLAS donde pasa revista a las distintas definiciones de los autores destacando la diferencia entre «presupuestos procesales» y «requisitos procesales»⁵⁶⁶.

Teniendo en cuenta el elemento objetivo de la relación jurídico-procesal que, al final, dará lugar a la tramitación del procedimiento de degradación del crédito

⁵⁶⁵ Entendemos el concepto «presupuestos procesales» como aquellas circunstancias previas que deben darse de forma necesaria para que se produzca una relación jurídico-procesal válida. Véase al respecto BULOW, OSKAR VON, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, (*Die Lehre von Den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen*, Giessen, 1868), traducción de Miguel Ángel Rosas, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964, pág. 2, que dice: «El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación».

⁵⁶⁶ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAUME, *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, J.M. Bosch, editor, S.A., Barcelona, 1992, págs. 202-203, donde se apunta que «En la segunda mitad de este siglo —momento a partir del cual puede considerarse que la ciencia procesal española alcanzó su madurez—, la utilización de ambos conceptos —«presupuestos procesales» y «requisitos procesales»— es ya habitual entre la doctrina. Sin embargo pocos son los autores que se hayan detenido a intentar sistematizarlos desde una perspectiva dogmático-conceptual». En esta línea, el autor hace un resumen de las distintas definiciones y destaca que: «Para MUÑOZ SABATÉ "presupuestos son las circunstancias que deben existir para la formación válida y definitiva de la relación procesal y requisitos las condiciones de prosperabilidad o estimabilidad de la acción y que no siempre tiene que ver sobre el fondo. Los presupuestos podrían, en cierto modo, y dicho sea con todas las cautelas, coincidir con las excepciones listadas en el citado artículo 533, y los requisitos tener como punto de referencia el cajón de sastre de las perentorias". ALMAGRO estima que "presupuestos son aquellos requisitos previos exigibles para que quede válidamente constituida la relación jurídica procesal, equiparables, en general, a las 'excepciones dilatorias' y requisitos son, además, todas aquellas condiciones que impone la Ley para la plena validez de los actos procesales"», en línea con lo que FENECH teorizó distinguiendo entre presupuestos del proceso en sí y presupuestos de los actos procesales. «Y para PUEBLA POVEDANO "los presupuestos del proceso suponen la expresión positiva de las excepciones procesales, las condiciones previas y los elementos constitutivos de la relación procesal"».

obstaculizado y a su resolución, entendemos que constituyen un presupuesto procesal los actos del acreedor obstaculizador. De esta forma la ausencia de tales actos —o su irrelevancia jurídica— impide el nacimiento de la relación jurídico-procesal en su vertiente objetiva. Los elementos subjetivos de esta relación lo serán tanto la administración concursal como el acreedor obstaculizador y, además, el propio concursado.

El acto procesal prioritario para que se constituya o nazca esta relación jurídico-procesal es el informe previo de la administración concursal, en el que debe advertirse —con indicios razonables para que el juez lo tome en consideración— que cierto acreedor ha obstaculizado de forma reiterada el cumplimiento de uno de los contratos bilaterales a los que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69 LC. En el juez debe valorar, a la vista de aquel informe, si se evidencia el supuesto de obstaculización realizando una valoración de los hechos y su calificación, siendo indiferente que exista o no una declaración judicial anterior de incumplimiento contractual porque lo determinante no es el incumplimiento en sí sino los actos precisos para que quede demostrada la obstaculización del contrato.

11.1. El informe de la administración concursal como requisito de procedibilidad.

La noción de «requisito de procedibilidad» anda un tanto desdibujada en nuestra legislación procesal. Nos referimos al él de forma habitual pero sin tener una clara idea de lo que significa más allá de la textualidad de la frase.

Procesalmente es de aplicación general el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 439.2 LEC que preceptúa que no se admitirán las demandas del artículo 250.7º.1 LEC, si no se acompaña determinada documentación o no se cumplen ciertas exigencias⁵⁶⁷. Más en particular, es requisito de procedibili-

⁵⁶⁷ En concreto, aquellas demandas que, instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos

dad, por ejemplo, para el ejercicio de la acción por daños en los objetos transportados, la previa formalización de protesta o reserva⁵⁶⁸. También lo es la necesidad de requerimiento de pago por el demandante para que una comunidad de propietarios responda de sus deudas frente a terceros contra cada propietario que hubiese sido parte en el correspondiente proceso y por la cuota que le corresponda en el importe insatisfecho (artículo 221.1 LPH). O, en materia de patentes y marcas, cuando para el ejercicio de la acción negatoria es preciso un requerimiento a quienes realicen cualquier otro acto de explotación del objeto protegido; la indemnización por daños —y el ejercicio de la acción, por supuesto— exige tal requerimiento (artículo 64.2 LP).

Centrados en el concurso de acreedores, es un requisito de procedibilidad el artículo 54.2 LC que exige una reclamación previa a la administración concursal antes de presentar una demanda incidental de reconocimiento de crédito contra la masa. Y el artículo 80.2 LC, que exige una previa denegación de la administración concursal —lo que implica una anterior solicitud— para el ejercicio de la acción de separación de los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención. A partir de estos antecedentes concluimos que el informe previo de la administración concursal es un verdadero requisito de procedibilidad para la demanda incidental de subordinación del crédito del acreedor que obstaculice el cumplimiento del contrato.

No obstante, alguna jurisprudencia admite, de forma razonable y acertada, que este informe no debe ser exigido de manera inflexible como requisito de procedibilidad en lo que respecta a su aspecto temporal, es decir, «antes» de la iniciación del incidente. Es posible —y compartimos esta doctrina— que el informe se presente «durante» la tramitación del incidente, porque lo importante

frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación.

⁵⁶⁸ Artículo 60.3 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de transporte terrestre de mercancías.

no es la posibilidad o no de iniciar el incidente sino su resultado, o sea, la calificación degradatoria del juez.⁵⁶⁹

11.2. El significado de «obstaculización reiterada».

El precepto legal impone que el entorpecimiento del acreedor sea reiterado y consista en un acto positivo que implique una voluntad —manifiesta o subyacente— de no respetar ni acatar los términos del contrato. Pero no siempre es así, como hemos reflexionado *supra*: cuando se ejercita, por ejemplo, la acción o excepción contractual de contrato no cumplido no puede ello concebirse como un acto obstaculizador, siempre y cuando las excepciones opuestas reposen en una acción resolutoria por incumplimiento del concursado en un contrato de prestaciones simultáneas.

La obstaculización tiene, en estos términos que comentamos, un sentido mucho más amplio que el propio incumplimiento y puede hacerse por acción u omisión por la propia *ratio legis* del precepto, y debe ser reprobable e imputable porque su fundamentación entronca con el artículo 1902 CC que obliga a reparar el daño causado al que por acción u omisión causara un daño a otro interviniendo culpa o negligencia. Hay obstaculización al cumplimiento contractual cuando el acreedor impide de alguna forma —y pueden ser muchas y variadas— que se alcancen los fines del contrato, y ello sirve también para el acreedor *in bonis*: en este caso es comprensible la resistencia o entorpecimiento del acreedor que por razón de la bilateralidad contractual tiene que pagar la totalidad de su crédito y someterse luego al cobro según la ley del dividendo; pero

⁵⁶⁹ La SJM nº 1 de Málaga de 7 de Abril de 2011 entiende que «[...] el informe, tal y como ya ha sido razonado, no tiene que ser "previo" literalmente hablando, puede perfectamente ser emitido precisamente ante la petición de la subordinación efectuada por el concursado, resultando el momento de contestación al incidente el adecuado al caso, vistas las pruebas aportadas con la demanda incidental de la concursada, o una vez celebrado el acto del juicio, tras la declaración de las partes, los testigos, y, en su caso, los peritos, con plenitud de alegaciones, siendo este el momento perfecto para que la AC pueda elaborar un informe completo y ajustado realmente a los hechos. En todo caso, la AC siempre deberá informar antes de que el juez decida sobre la procedencia de la subordinación o no».

ello no le legitima para impedir el fin del contrato, por muy injusto que pueda parecer a primera vista⁵⁷⁰. La finalidad de esta interpretación amplia que comentamos es la de impedir que los acreedores que, a su vez, sean deudores del concursado, tengan un trato de favor y se produzca una quiebra el principio de igualdad de trato.

11.3. Los hechos anteriores al concurso y su dificultad para el informe de la administración concursal.

Es decisivo dilucidar —por no resultar ni de la letra ni del espíritu del precepto— si la conducta del agente obstaculizador debe ser anterior a la propia declaración del concurso o puede ser posterior. Parece, en una primera aproximación, que el precepto está pensado para una obstaculización posterior a la declaración del concurso y, además, porque en términos generales los incumplimientos contractuales se pueden y deben ejercitar dentro del concurso mediante una acción de incumplimiento contractual.

En realidad la discusión no es tan complicada como pueda parecer ante el *silentium legis*, porque lo determinante y concluyente no es tanto que nazca de hechos posteriores a la declaración del concurso como que la obstaculización persista o se manifieste durante su tramitación. Pueden existir actos obstaculizadores previos a la declaración del concurso que si perduran luego durante su

⁵⁷⁰ ALONSO LEDESMA, CARMEN, «La reforma en materia de subordinación crediticia», *Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 11, Editorial Wolters Kluwer, S.A. Madrid, 2009, págs. 66 y 67, opina que «[...] no basta con que el acreedor tenga una conducta pasiva en relación con el cumplimiento de lo debido, sino que se requiere una conducta activa, una voluntad obstativa al cumplimiento del contrato reflejado en manifestaciones concretas [...] no bastará con una simple negativa en un momento determinado sino que la conducta de la parte *in bonis* ha de repetirse a lo largo del tiempo». Algunos autores exigen que el incumplimiento sea «resolutorio» y afecte por tanto a las prestaciones vinculadas mediante el sinalagma. Según GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO Y LÓPEZ SÁNCHEZ, JAVIER, *La reforma de la Ley concursal. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 94, debe tratarse de un incumplimiento resolutorio que califica como grave, una «voluntad obstativa al cumplimiento de lo acordado» y que «haya venido sucediéndose en el tiempo repetidamente».

tramitación hagan aplicable el artículo 92.7º LC. Interpretando la ley en su sentido gramatical⁵⁷¹, el sintagma «de forma reiterada» evidencia que deben producirse en el tiempo diversos acontecimientos más allá del momento estacional de la declaración de concurso. De esta forma, aun cuando los actos obstaculizadores se inicien antes de la declaración del concurso es primordial que estas reiteraciones se manifiesten después de su declaración porque es lo que evidencia sin duda la voluntad rebelde al cumplimiento, actitud merecedora de la subordinación del crédito cuyas raíces se encuentran en la ineluctable necesidad de cumplir el contrato para evitar perjuicios al interés del concurso.

El precepto, pues, atiende jurídicamente más a los fines concursales que a la necesidad de satisfacer los intereses particulares de acreedor y concursado, promoviendo la continuidad empresarial o, a lo menos, la integración de la masa activa para satisfacer en la medida de lo posible los créditos de los acreedores. A la postre, no resulta menos esclarecedor el hecho de que los actos que obstaculicen el cumplimiento anteriores a la declaración del concurso —que tengan entidad suficiente para ser considerados como un incumplimiento contractual— pueden dar lugar a la resolución del contrato si se trata de obligaciones recíprocas a las que se refiere el artículo 61.2 LC.

Por el contrario, cuando se trate de los contratos de tracto sucesivo (aquellos en los que una parte realiza su prestación continuada en el tiempo mediante sucesivas prestaciones periódicas, y en los que la facultad de resolución puede ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso) aludidos en el artículo 62.1 LC y con incumplimientos posteriores a la declaración del concurso —u obstaculizaciones, en nuestro caso— no será de aplicación el 92.7º LC sino que la cuestión deberá ventilarse a través de la acción resolutoria correspondiente. Nótese que en las prestaciones de tracto sucesivo cada prestación tiende a satisfacer de forma completa el interés de las partes, sin que dependan de las prestaciones pasadas o futuras. En los contratos

⁵⁷¹ Interpretación que engloba el elemento de necesaria literalidad, para saber el sentido exacto de la palabra; el elemento histórico o de precedentes del precepto analizado y el elemento sistemático o contextual en el que se halla la norma interpretada (*vide* artículo 3.1 CC).

de tracto único, para que se considere la existencia de obstaculización el acreedor debe negarse a cumplir la obligación caso de que no pueda oponer una excepción de incumplimiento contractual. La ley no habla de incumplimiento propiamente dicho, admitiendo expresamente que debe haber, en cambio, un perjuicio del interés del concurso.

En el sentido gramatical la obstaculización no equivale forzosamente a incumplimiento (lo que parece confundir el texto legal). Es dable que el acreedor cuyo crédito es objeto de la pretensión de subordinación ponga continuas trabas al cumplimiento, bien mediante el ejercicio de acciones a las que no tiene derecho, o ejercitando acciones jurídicamente inviables por sí mismas. De todas maneras queda del todo claro si la obstaculización debe ser manifiesta y mediante hechos inequívocos, exteriorizados y evidentes, o puede ser tácita, en el sentido de que aquellos hechos no queden exteriorizados de forma directa aunque, por el entorno en que se desarrolla su conducta obstativa, esta presupone una previa deducción o razonamiento que puede valorarse como indicativo de la voluntad interna y oculta a los demás. Nos decantamos por admitir como actos obstaculizadores los *facta concludentia* porque, opinamos, es la razón de ser del precepto⁵⁷².

12. El trámite del incidente concursal. Concepto y naturaleza

El incidente concursal es una especialidad contenida en la Ley concursal y de competencia exclusiva del juez del concurso. Se trata de un proceso declarativo de regulación especial, con unos trámites propios imbuidos de la tramitación establecida en los procedimientos ordinarios de la LEC. Es característico del incidente concursal que su tramitación no produzca la suspensión del proceso en su conjunto. Se trata en definitiva de un procedimiento declarativo *sui gene-*

⁵⁷² Los «*facta concludentia*», o hechos concluyentes, deben considerarse como actos claros e inequívocos que revelen la voluntad de consentir. La doctrina jurisprudencial considera que tales hechos han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo, en las presunciones, dimanar del hecho base diversos hechos consecuencia mediante una operación mental de carácter deductivo.

ris que va encaminado a resolver las innumerables cuestiones que surgen durante la tramitación del concurso y para las que la ley no contempla una tramitación diferente.

En orden su tramitación formal, se basa o sigue el proceso verbal de la LEC, aunque con la especialidad de que requiere demanda y contestación expresa, lo que le confiere de hecho el carácter de proceso plenario teniendo las sentencias que recaigan en el incidente fuerza de cosa juzgada⁵⁷³, por lo cual en este aspecto el incidente concursal respeta los principios fundamentales del derecho procesal, en particular el principio de contradicción e igualdad de armas procesales.

También se respeta en el incidente concursal —como no podía ser de otra manera— el principio de audiencia que garantiza que todo aquel que esté interesado en el proceso debe ser escuchado (necesidad de citación y emplazamiento a quien pueda resultar perjudicado), de forma que se haga realidad la máxima de derecho procesal de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio⁵⁷⁴. Pero adviértase que no es un derecho digamos ilimitado o absoluto para realizar «cualquier» manifestación en el incidente, sino que debe ceñirse al objeto incidental aunque se tenga plena libertad probatoria y se respete escrupulosamente el principio de audiencia. El incidente concursal también garantiza la igualdad de armas procesales, principio indirectamente derivado del artículo 14 CE, sin que pueda existir ninguna situación de privilegio a

⁵⁷³ La *res iudicata* o cosa juzgada puede estudiarse bajo dos prismas: uno el propio desarrollo del proceso (cosa juzgada formal del artículo 207LEC), y otro, como efecto del proceso cuando ya hay sentencia firme (cosa juzgada material del artículo 222 LEC que comprende las sentencias que se pronuncian sobre el fondo u otras resoluciones equivalentes, como el laudo arbitral, renuncia a la acción, allanamiento o transacción. La cosa juzgada formal hace las sentencias una vez se han cumplido los trámites propios del proceso. La cosa juzgada material es propiamente la *res iudicata*, o, según del Derecho Romano, la *res in iudicium deducta*. En sentido negativo, la cosa juzgada material tiene efectos preclusivos como manifestación del imperio del aforismo *non bis in idem*.

⁵⁷⁴ Cfr. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME, en *Nueva Ley concursal*, (coord. A. Sala, F. Mercadal, J. Alonso-Cuevillas), Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004, pág. 789.

favor de los restantes acreedores, del mismo concursado o de la administración concursal⁵⁷⁵.

12.1. **Ámbito de aplicación del incidente concursal.**

El ámbito material del incidente concursal no es tanto la resolución de conflictos que puedan surgir de manera directa en el propio proceso concursal, como resolver también aquellas cuestiones que, aun no siendo propiamente concursales, guardan con el concurso una íntima relación, como la acumulación y conocimiento de los juicios declarativos pendientes en otra jurisdicción conforme prevé el artículo 51 LC.

Según el artículo 192 LC aquellas cuestiones de toda índole que se originen durante el concurso, y que no tengan una tramitación concreta o específica en la ley, se dilucidarán a través del incidente concursal. Es una doble vía del acceso al incidente: por un lado el conocimiento de aquellos asuntos que por expresa dicción legal se encuadran dentro del trámite del incidente, y por otro, aquellos que por su especial naturaleza no tengan un trámite específico o definido⁵⁷⁶. Por ello, del ámbito material del incidente concursal quedan excluidos —por tener tramitación especial— la oposición a la solicitud de concurso necesario, cuyos trámites se regulan en los artículos 15 a 20 LC, los alimentos de la

⁵⁷⁵ Vide, al respecto, CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pág. 148: «[...] si hubiera una parte con predominio sobre la otra, entonces el Juez no tendría en sus manos un mecanismo de tutela imparcial y su sentencia estaría muy condicionada por el predominio de esa parte. El principio de igualdad de armas garantiza, conforme ha tenido ocasión de indicar el TC, en sus SSTC 227/1991, de 28 de noviembre y 140/1994, de 9 de mayo, el necesario equilibrio entre las partes en el proceso para lograr la plenitud del resultado probatorio».

⁵⁷⁶ Respecto a la subordinación por obstaculización y el trámite incidental, la SJM nº 1 de Málaga de 16 de abril de 2014 considera que «[...] aquel en el que se interesa la subordinación de un crédito por la existencia de una administración de hecho o por la obstaculización reiterada de un contrato bilateral o sinalagmático, debe ser en todo caso concebido como un incidente independiente, regulado en el art 192 de la LC. Posee sustantividad propia, por cuanto que a través de sus cauces han de tramitarse no sólo las cuestiones que guarden con el concurso una relación inmediata, sino también los juicios declarativos de los que deba conocer el Juez del concurso».

persona física concursada que regula el artículo 47 LC, las alegaciones respecto jurisdicción y competencia cuyo trámite se resolverá por la declinatoria, y, en general, aquellos asuntos que carezcan de identidad específica y que a juicio del juez resulten pertinentes.

12.2. La condición de parte en el incidente concursal.

En el terreno del incidente concursal las partes son las habituales de demandante y el demandado, es decir, la parte accionante y aquellas contra las cuales se dirige la demanda. Pero en el incidente concursal también pueden concurrir aquellas que acrediten un interés legítimo⁵⁷⁷, como es de ver en el artículo 168.1 LC que permite la comparecencia de interesados en la formación de la sección 6ª de calificación del concurso. Las partes coadyuvantes en el proceso concursal tienen un carácter secundario y subordinado y dependen de la parte principal que ejercite la acción (artículo 193.2 LC), por lo que estas partes coadyuvantes son beneficiarias de los efectos de la sentencia pero no conforman el objeto del proceso; las partes coadyuvantes no pueden transigir sobre el objeto del incidente.

Destacaremos que el concepto de parte coadyuvante no existe en la LEC, y su artículo 75 solo permite la petición de acumulación a quienes sean parte en el juicio. En cambio, en la Ley concursal se admite la intervención de las partes del concurso que no lo hubieran sido en el juicio acumulado en virtud de lo previsto en el apartado 1 del artículo 51 LC, lo que viene a ser una forma elíptica de admitir la acumulación en las partes coadyuvantes si bien claramente *ex post facto*. El artículo 193 LC considera como partes demandadas aquellas contra las que se dirija la acción, y también aquellas otras que sostengan posi-

⁵⁷⁷ Interés legítimo que es concebido por el Tribunal Constitucional (STC de 20 de mayo de 2002) no como un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni como un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, «sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal».

ciones contrarias a lo solicitado por la parte que ejercita la acción incidental, pudiendo ayudar a una u otra parte si tiene interés legítimo en ello.

12.3. Intervención de oficio del juez en la tramitación del incidente del artículo 92.7º LC.

Ya nos hemos referido en otra ocasión a la insuficiente redacción del artículo 92.7º LC, que no consigue del todo fijar y delimitar ni las bases de actuación del juez y de las partes, ni su tramitación, tanto por lo que atañe al elemento temporal como a los requisitos de procedibilidad. Pero ello no puede ser óbice para que dejemos de interrogarnos sobre el mecanismo que debe respetar, por ejemplo, un acreedor que quiera poner en conocimiento de la administración concursal o del juez una situación obstructiva, o el propio quehacer de la administración concursal en cuanto constate o advierta —en cualquier momento del proceso— que hay tal obstrucción a partir de la comunicación de créditos del artículo 85 LC; o incluso la precisa actividad del juez del concurso si por su cuenta lo verifica, cosa más improbable dada la escasa intervención del juez en el proceso concursal y por no conocer de forma exhaustiva el entramado de la relación jurídica del concursado y sus acreedores.

¿Puede el juez del concurso que advierta una situación obstructiva, actuar de oficio y solicitar el informe a la administración concursal, incitando luego a que esta actúe? Pensamos que es posible, en tanto en cuanto el concurso de acreedores es un proceso con connotaciones de derecho necesario o *ius cogens*, uno de cuyos objetivos es la protección de derechos de todos los acreedores y no del deudor. Las posibilidades de actuación de oficio del juez en la Ley concursal son muchas y variadas. Sin pretensión de exhaustividad, vemos que el juez puede actuar de oficio en el análisis de la competencia internacional y territorial (artículo 10.4 LC), en la publicidad complementaria de la declaración de concurso (artículo 23.2 LC), en las cancelaciones de esta publicidad (artículo 24.5 LC), en el nombramiento de un segundo administrador concursal a una entidad o administración pública acreedora o entidad de derecho público acree-

dora vinculada a ella (artículo 27.7 LC), en la modificación de la retribución de los administradores (artículo 34.4 LC), en la separación de los administradores en caso de que concurra causa suficiente para ello (artículo 37 LC), en la medida cautelar de embargo de bienes de los administradores de hecho y de derecho, liquidadores o apoderados generales que hubieran tenido esta condición dentro de los dos años a la fecha de la declaración de concurso (artículo 48 ter.1 LC), en la acumulación para resolver en un único incidente las impugnaciones del inventario y lista de acreedores (artículo 96.5 LC), en el rechazo de la propuesta de convenio si el concursado estuviese incurso en causa de prohibición (artículo 105.2 LC), en rechazar de oficio el convenio (artículo 109 LC), en la apertura de la fase de liquidación (artículo 114.3 LC), en el rechazo del convenio si se constatare que ha habido infracción de algunas normas legales sobre su contenido o sus adhesiones o el retraso de sus efectos (artículos 131.1 y 133.1 LC), en la apertura de la fase de liquidación (artículo 143.1 LC), en transformar un procedimiento abreviado en ordinario o un procedimiento ordinario en abreviado (artículo 190.4 LC), y en la posibilidad de suspender las actuaciones de un incidente y puedan verse afectadas por la resolución que se dicte (artículos 192.2 y 197.6 LC).

Como es de apreciar, se trata de un amplio catálogo de intervención de oficio del juez que impregna el contenido de la Ley concursal en sus trámites más destacados. Dada pues la amplia facultad intervencionista el juez del concurso —y en materias ciertamente trascendentales del proceso— no vemos inconveniente en que si el juez detecta el entorpecimiento en el cumplimiento de un contrato actúe de oficio, solicitando a la administración concursal el oportuno informe y realice la petición concreta a ésta para interponer la demanda.

12.4. ¿Incidente autónomo o posible tramitación en el mismo incidente de impugnación de la lista de acreedores?

Sobre si el incidente del artículo 92.7º LC puede ser tramitado —además de forma autónoma e independiente— en el mismo incidente impugnatorio de la

lista de acreedores, no existe unanimidad de criterio al respecto; ni siquiera una breve aproximación doctrinal a ello. La petición de subordinación por obstrucción al cumplimiento del contrato se trata de una cuestión suscitada en el concurso que no tiene una tramitación especial. En consecuencia, procede aplicar el artículo 192.1 LC debiendo ventilarse por el cauce del incidente concursal, en principio autónomo y no ejercitable junto con otro incidente de diferente naturaleza y con objeto distinto.

Aunque un estudio más detenido nos puede llevar a otra conclusión: la impugnación del inventario y de la lista de acreedores a que se refiere el artículo 96.3 LC mediante incidente podrá consistir tanto en la solicitud de la inclusión o exclusión de créditos, como en la modificación de la cuantía o a la clasificación de los reconocidos. Si es posible impugnar la calificación del crédito, no debería existir, en principio, objeción a que esta impugnación se fundamente en el artículo 92.7º LC si bien no goza de todos los requisitos de procedibilidad al faltar el informe de la administración concursal, con lo que el incidente debe requerir la solicitud de este informe a este órgano. Y ahí surge el inconveniente, por cuanto la petición de este informe supone en la práctica una paralización del incidente respecto de los demás posibles impugnantes. En realidad no parece ser el camino adecuado, sino que la solicitud de subordinación crediticia por obstaculización al cumplimiento del contrato debe realizarse en un incidente posterior a la presentación de la lista de acreedores que es cuando, *a fortiori*, se conocen la mayoría de datos esenciales de los créditos y de los contratos vigentes en el concurso.

Pero adviértase que tampoco es del todo evidente la conclusión anterior, especialmente en el caso de que si los hechos obstativos al cumplimiento del contrato son anteriores al momento en que la administración concursal elabore la lista de acreedores, aquella deberá poner sobre la mesa esta cuestión en orden a configurar tal lista de la mejor manera posible. Por tanto únicamente en el caso de que junto con la lista de acreedores se adjunte el informe previo del artículo 92.7º LC podrán tramitarse conjuntamente ambos incidentes (el de oposición y el de obstaculización). Como podemos ver es un conflicto no resuelto de forma

clara, y creemos que la solución más práctica y acorde con el principio de economía procesal es el de admitir tanto el incidente autónomo como el incidente de impugnación de la lista de acreedores⁵⁷⁸.

El momento procesal para plantear el incidente lo es una vez confeccionada la lista de acreedores, y siempre y cuando los actos obstaculizadores se manifiesten después de elaborar esta lista (su nacimiento u origen puede ser anterior), se podrá admitir el incidente subordinatorio⁵⁷⁹. En el supuesto de que los hechos de obstaculización se hayan manifestado antes de la elaboración de la lista de acreedores, es responsabilidad de la administración concursal redactar el informe y someterlo al juez del concurso, en base a las funciones de este órgano contenidas en el artículo 33.1.e) 2º LC y, en especial, por la obligación genérica de información acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso que pregonan el artículo 75.3 LC.

12.5. Cuándo deben producirse los actos obstaculizadores.

El silencio de la ley en lo que respecta al ámbito temporal resulta patente en el precepto; no sabemos nada acerca del propósito del legislador en el momento de promulgar el Real Decreto-ley 3/2009; en su preámbulo nada dice, y la simple o mera inclusión en la Sección 3ª del capítulo III de la ley no nos ilumina

⁵⁷⁸ Así se razona en la SJM nº 1 de Málaga, cuando admite que la solicitud de subordinación se haga a través del incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores, apostillando que «poniendo en conocimiento a través del mismo a la administración concursal de lo sucedido con aportación de cuantas pruebas disponga para que puedan ser valoradas por ésta, y que sea a su vez en la contestación cuando la administración concursal emita el informe requerido».

⁵⁷⁹ En otro fundamento jurídico de la sentencia citada en la nota anterior se mantiene una postura conciliadora entre situaciones obstaculizadoras «[...]anteriores y/o posteriores al concurso o mantenidas desde antes de la declaración; que sea el concursado quien inste la solicitud de subordinación a través de la impugnación de la lista o con posterioridad a tal momento si la actuación se produjo a su vez con posterioridad al mismo y por último que el informe de la administración se realice de forma anterior a la demanda».

en absoluto más allá del tratamiento que debe dispensarse a los créditos subordinados según los artículos 89 y ss LC.

A pesar de las dificultades interpretativas de esta norma concursal en concreto, observamos que el artículo 92.7º LC solo se aplica a situaciones que se produzcan una vez se haya declarado el concurso. Es su razón de ser, sin importar que la obstaculización reiterada se inicie con anterioridad a la declaración del concurso mientras se manifieste y mantenga plenamente durante su tramitación⁵⁸⁰.

13. Recursos contra la sentencia dictada en el incidente de subordinación.

El artículo 197 LC relativo a los recursos procesales y a su trámite sufrió una importante modificación a través de la Ley 38/2011 el 10 de octubre con la intención de dotar al sistema concursal de una fórmula rápida y que alejase la preocupación de una excesiva dilación de los trámites y diligencias que pusiesen en peligro el objetivo del concurso. Esta modificación legal que, además de afectar a la tramitación del propio incidente concursal, delimitaba el recurso a las sentencias, implantaba en la práctica una cierta restricción al derecho al recurso de apelación. Este —entendido en su forma clásica— quedó reducido finalmente al recurso contra las resoluciones relativas a la propuesta anticipada de convenio y a su aprobación, al auto de apertura en fase de liquidación y a la fase de convenio, o a los incidentes en fase de liquidación.

⁵⁸⁰ La SAP de Cáceres de 21 de noviembre de 2012, después de alertar sobre la falta de claridad del precepto, señala que «[...]la finalidad perseguida por el mismo obliga a entender que la obstaculización reiterada, aunque pueda partir de un momento anterior a la declaración de concurso, debe al menos persistir tras dicha declaración. Así, el término "obstaculiza", que se complementa con la expresión "de forma reiterada", atiende a una situación actual, presente, por más que provenga de una situación anterior a la declaración de concurso. Como mínimo, se exige una prolongación en el tiempo que, desde luego, traspase el momento temporal de la declaración del concurso. En definitiva, la voluntad obstativa puede haberse iniciado con anterioridad a la declaración del concurso, pero debe exigirse la reiteración de la misma tras dicha declaración para que opere el precepto».

Anteriormente, el apartado 4 del artículo 197 LC permitía que las resoluciones de los incidentes concursales pudiesen apelarse, si bien difiriéndolo a la «apelación más próxima», lo que dio lugar en su momento a encendidas y divertidas discusiones doctrinales acerca de lo que debía entenderse por apelación más próxima.

En la actualidad, contra los autos resolutorios del recurso de reposición y la sentencia de incidentes concursales en la fase común o de convenio, no hay recurso alguno, pero podrá reproducirse la cuestión en la apelación más próxima, considerándose la apelación más próxima la que corresponda a la resolución de la apertura de la fase de convenio o de la fase de liquidación o la que apruebe la propuesta anticipada de convenio.

Hay excepciones: las sentencias dictadas en los incidentes a que se refiere el artículo 72.4 y el artículo 80.2 LC, serán apelables y preferentes; es decir, las sentencias obre acciones rescisorias y demás acciones de impugnación, y las acciones de separación de bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y que deban ser entregados por la administración concursal a su legítimos titulares. Una vez aprobado el convenio de acreedores (cuya fase no contempla el cierre para proceder a considerarla como apelación más próxima), las sentencias ya no serían impugnables lo que conviene tener presente en el supuesto de sentencia resolutoria en el incidente por obstaculización del crédito.

13.1. La autorización de la administración concursal para plantear el recurso de apelación.

La autorización o no de la administración concursal para proceder a interponer el recurso de apelación es algo discutido por la doctrina concursalista⁵⁸¹; según

⁵⁸¹ Interesante es el estudio de SANJUÁN Y MUÑOZ, ENRIQUE «La discutida autorización de la administración concursal para interponer recursos en procesos concursales. Una reinterpretación del precepto (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2012 y el voto particular emitido)», *Diario La Ley*, nº 7950, Sección Doctrina, 24 de Octubre de 2012.

el artículo 54.1 y 2 LC es precisa la autorización de la administración concursal para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar al patrimonio del concursado⁵⁸². Para los litigios que se hubieren iniciado con anterioridad a la declaración de concurso no es necesaria tal autorización (artículo 51 LC); nada se dice de los recursos, pero haciéndolo claramente el artículo 54 LC hay que concluir que la autorización de la administración concursal es necesaria para entablar recurso —en uno u otro supuesto— una vez declarado el concurso, a pesar de la existencia de alguna opinión discrepante⁵⁸³.

⁵⁸² En este sentido, se pronuncia BELLIDO PENADÉS, RAFAEL, «Ejecuciones y apremios. Artículo 55», en Rojo-Beltrán, *Comentario...*, *op. cit.*, tomo I, pág. 1024: «Aunque el concursado hubiera obtenido la conformidad de los administradores concursales para demanda, requerirá de nueva conformidad para recurrir la resolución judicial total o parcialmente adversa que recaiga en ese procedimiento».

⁵⁸³ La STS de 28 de mayo de 2012 reconoce que «[...] el artículo 54, apartado 2, exige la conformidad de la administración concursal cuando los procesos declarativos se hubieran iniciado después del auto de declaración del concurso, pero no cuando en tal momento estuvieran ya pendientes. Esa es la interpretación que, de acuerdo con los cánones a que remite el artículo 3 del Código Civil, resulta de los artículos citados. En consecuencia, de aplicar un criterio sistemático deriva la procedencia de entender que los recursos a que se refiere el artículo 54 —al efecto de exigir la conformidad de la administración concursal— son los que se interpongan en los procesos iniciados después de la declaración del concurso, ya que se trata de los que el precepto regula, y no los que se interpongan en los que en ese momento estuvieran pendientes, regulados en el artículo 51». Esta doctrina —importante, no cabe duda— no es compartida por uno de los magistrados del Supremo que formula un voto particular, en el sentido de que la interpretación restrictiva de la limitación de las facultades patrimoniales del deudor —que harían ociosa la autorización de la administración concursal para recurrir— es una laguna legal que «ha de colmarse acudiendo a los procedimientos de autointegración y, en concreto, a las soluciones y principios que establece la propia Ley concursal» entre los artículos 51.3 LC y 40 LC. Dice el magistrado en su voto particular que «los apartados 2 y 3 del art. 51 LC son una especificación del art. 40 LC, que regula, con carácter general, los efectos de la declaración de concurso respecto de las facultades patrimoniales del deudor; en concreto, del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio [...]. En realidad, esta restricción afecta a todos los intereses económico-patrimoniales del deudor, que tengan relevancia para la masa activa y pasiva del concurso, lo que justifica su reflejo en la representación procesal de estos intereses económicos [...]. En este contexto, no cabe negar que la interposición de un recurso de apelación frente a la sentencia suponga un acto de administración o disposición de los intereses económico-patrimoniales del deudor afectados por el juicio resuelto con la sentencia objeto de recurso, razón por la cual se ven afectados por la limitación prevista con carácter general en el art. 40 LC. [...]. De hecho, la interposición del recurso, además de afectar a la expectativa de aquellos intereses económico-patrimoniales objeto de litigio, puede conllevar un gasto para la masa del

Una interpretación sistemática del artículo 54 LC nos lleva a excluir expresamente de la necesidad de autorización a los recursos contra las sentencias de litigios que en este momento estuvieran pendientes, según el artículo 51 LC, aunque pensamos y no eludimos la necesidad del depósito para recurrir establecido en la disposición adicional 15 de la LOPJ, cuyo montante lógicamente debe ser a cargo de la masa activa del concurso y debe ser la administración concursal quien autorice su pago, lo que, en términos prácticos, es un problema de difícil solución en caso de que la administración concursal no afronte este gasto.

concurso, por las costas y gastos procesales. Resulta lógico que la administración concursal, en función de las expectativas de éxito y de los intereses patrimoniales en juego, confirme la conveniencia o no de asumir el riesgo del recurso».

VII. CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que se llega una vez contemplados *in extenso* el incumplimiento contractual, los perjuicios al concurso y subordinación crediticia, aquéllas tienen de arriesgado —como, por otra parte, no puede ser de otra manera— la inestable y constante evolución jurisprudencial y las pertinaces reformas de la legislación concursal.

Si la finalidad inicial del trabajo era calibrar lo que presupone el incumplimiento de los contratos en sede concursal, con sus variadas formas de interpretar (y a veces contradecir) la doctrina clásica sobre la materia, amén de situar en el plano teórico lo que realmente significa el perjuicio al concurso (en sus vertientes positiva y negativa) y los drásticos efectos subordinatorios derivados del incumplimiento y del perjuicio.

Así, pues, con la mirada fija en el norte que hemos apuntado, entendemos como más significativas las siguientes conclusiones:

1.- El tratamiento de la resolución contractual en el concurso es distinta de la legislación civil, cediendo en favor del interés del concurso. No obstante, si el contrato es imposible de cumplir, su mantenimiento en interés del concurso no se puede sostener ya que el deudor obligar a su acreedor a que reciba una cosa diferente de la pactada, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Declarado el concurso, no existe impedimento para apreciar la excepción de contrato no cumplido, aunque solo de los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento por ambas partes. Por ello las prestaciones se realizarán con cargo a la masa y no por mera inclusión del crédito en la masa activa o en la pasiva del concurso

2.- El juez del concurso puede limitar la excepción *non adimpleti contractus* y decidir la prosecución de la vigencia de un contrato incumplido por el concursado, aun cuando el contratante *in bonis* haya ejercitado la acción resolutoria. El incumplimiento concursal debe serlo de una obligación principal, no de una accesoria o complementaria. Si declarado el concurso el concursado procede al

cumplimiento sustancial de la obligación principal quedando pendiente el cumplimiento las accesorias, el contrato y sus prestaciones deben sujetarse a lo dispuesto en el artículo 61.1 LC, por lo que no se puede exigir la acción de cumplimiento.

3.- A los contratos con condiciones suspensivas no les es aplicable el artículo 62 LC porque mientras esté vigente la condición no hay ni cumplimiento ni incumplimiento, pero mantienen su vigencia en concurso y no pueden ser objeto de resolución ni siquiera en interés del concurso.

4.- La subordinación tiene la naturaleza jurídica de sanción civil cuyo fundamento estriba en la reparación del posible daño causado por el deudor o los acreedores que se encuentren en el supuesto subordinatorio. La mala fe, en tanto conducta voluntaria con ánimo de defraudar, requiere, además del conocimiento de la situación financiera del concursado, una intención específica de perjudicar.

5.- Las costas procesales no tienen naturaleza jurídica sancionatoria. En sede concursal las costas procesales no son incardinables en el artículo 92.4º LC, y no se pueden asimilar a los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias y no tienen el carácter de subordinados. El daño causado por el concursado a otra persona especialmente relacionada con él y cuyo origen no derive de un vínculo obligatorio sino de una responsabilidad extracontractual, al ser el nacimiento de la obligación ajeno al acreedor no será un crédito subordinado.

6.- La protección del interés del concurso no está definida claramente en la ley, en el sentido de si, además de preservar la satisfacción del crédito de los acreedores, afecta también a la conservación de la masa activa. En la práctica el interés del concurso se valora más como interés de la masa que como deseo de satisfacción de los acreedores o de la continuidad de la empresa.

7.- Cuando el acreedor ejercite la acción resolutoria de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento —ya sea a cargo del concursado o de la otra parte o por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes o

de incumplimiento anterior a la declaración de concurso para los contratos de trato sucesivo—, no puede tomarse esta acción resolutoria como fundamento para la postergación del crédito. La ejecución de garantías reales fuera del ámbito restrictivo del artículo 56.6 LC dará lugar a la postergación del crédito al no respetarse la exigencia legal que veda el inicio de una ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio.

8.- Al ser claramente ilícita la obstaculización reiterada del contrato, la subordinación deberá alcanzar también a los créditos contra la masa, ya que la ley no distingue expresamente. El acreedor puede obstaculizar uno cualquiera de los contratos sin obstaculizar los otros, por lo que no parece que exista fundamentación legal alguna para extender la eficacia de la sanción a todo el conjunto de los créditos del acreedor que actúe de forma ilícita respecto de uno cualquiera de sus créditos.

9.- No se puede soslayar la subordinación del crédito de un acreedor que haya obstaculizado el cumplimiento del contrato con anterioridad al concurso, aunque los efectos de esta acción obstructiva se produzcan o materialicen una vez declarado aquél. La obstaculización al cumplimiento del contrato, tanto si el incumplimiento es material como formal, o existe una actitud activa o pasiva resistente a la resolución del contrato, degradará el crédito del acreedor a subordinado, aunque tal crédito tenga la calificación concursal de crédito contra la masa.

10.- La obstaculización en concurso del cumplimiento del contrato es siempre consciente y dolosa, en cuyos actos el acreedor incurre en mala fe al ser conocedor del posible perjuicio, aunque para apreciar la obstaculización no sea precisa la existencia de mala fe sino, simplemente, la representación mental del acto ilícito y la previsión de sus resultados perjudiciales. El perjuicio para el concurso viene a ser lo contrario del interés del concurso y es sinónimo de perjuicio patrimonial a la masa activa del concurso, entendido como un sacrificio patrimonial injustificado que suponga una disminución del valor de los activos del concurso.

11.- Es posible la moderación judicial de los efectos subordinatorios por obstaculización en circunstancias concretas y particulares, en especial por su evidente analogía con la cláusula penal del artículo 1152 CC, más por su naturaleza jurídica que por los efectos que despliega la cláusula penal.

12.- El informe de la administración concursal para proceder a iniciar el incidente subordinatorio no es inflexiblemente un requisito de procedibilidad en lo que respecta a su aspecto temporal y que, por tanto, deba realizarse antes de la iniciación del incidente. Es posible que el informe se presente durante la tramitación del incidente, porque lo importante no es la posibilidad o no de iniciar el incidente sino su resultado, o sea, la calificación degradatoria del juez.

13.- No es necesario que la obstaculización sea manifiesta y mediante hechos inequívocos, exteriorizados y evidentes; puede ser tácita y que los hechos no queden exteriorizados de forma directa, siempre que mediante una deducción lógica se puedan valorar como actos obstaculizadores.

En definitiva, hemos intentado analizar el incumplimiento contractual en el concurso de acreedores y sus importantes consecuencias en la vida del contrato, en el propio concurso y en el crédito derivado de una prestación subordinable. La materia no se agota aquí y sin duda habrá de estudiarse nuevamente a la luz de las previsibles reformas concursales y de la siempre decisiva, aunque a veces vacilante, jurisprudencia de nuestros tribunales.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes. The signature is positioned in the lower-left quadrant of the page.

Ricard Tàsies Beleta

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

ABEL LLUCH, XAVIER, «Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil», en *Objeto y carga de la prueba civil*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2007.

AGUILAR CARVAJAL, LEOPOLDO, *Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, S.A., 2ª edición, México DF, 1977.

AGUILAR RUBIO, MARINA, *Crédito tributario y concurso de acreedores*, Editorial Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2009.

ALBACAR LÓPEZ, JOSÉ LUIS Y SANTOS BRIZ, JAIME *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, tomo IV, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1991.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, edición revisada por Luis F. Reglero, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2002.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, «La mora en las obligaciones recíprocas», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1968.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Compendio de derecho civil*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2003.

ALCOVER GARAU, GUILLERMO, «Comentario al artículo 71 LC», en *Comentarios a la legislación concursal*, (dirs. J. Pulgar, J. Ledesma, C. Alonso, G. Alcover), Dyckinson, S.L., 2004.

- ALCOVER GARAU, GUILLERMO, «Los efectos de los convenios concursales en las fianzas», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, (coord. M. Muñoz, U. Nieto), vol. I, 1996.

ALEMANY EGUIDAZU, JESÚS MIGUEL, «Subordinación contractual y subordinación concursal» *Diario La Ley*, nº 6004, Sección Doctrina, 26 abril 2004.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAUME, *Nueva Ley concursal*, (coord. A. Sala, F. Mercadal, J. Alonso-Cuevillas), Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004.

- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAUME, «El “interés del concurso” como principio inspirador del proceso concursal», en *Principios y garantías procesales*, liber amicorum en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos (director Joan Picó Junoy), Librería Bosch, S.L., Barcelona, 2013.

- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAUME, «Artículo 25», en *Proceso concursal* (coord. A. Sala, J. Alonso-Cuevillas, J. Machado, P. Vila), Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2013.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAUME, *La «vis attractiva» del proceso concursal*, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2007.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAUME, «Tratamiento concursal de los gastos y costas procesales», en *Realismo jurídico y experiencia procesal* (liber amicorum en homenaje al profesor Manuel Serra Domínguez), Atelier Libro Jurídicos, Barcelona, 2009.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAUME, *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, J.M. Bosch, editor, S.A., Barcelona, 1992.

ALONSO LEDESMA, CARMEN, «Artículo 92. Créditos subordinados», en *Comentarios a la legislación concursal*. (dirs. J. Sánchez-Calero, V. Guilarte), Editorial Lex Nova, S.A.U, Valencia, 2004.

- ALONSO LEDESMA, CARMEN, «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», en *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal* (dirs. R. García, A. Alonso y J. Pulgar), Dilex, S.L., Madrid, 2003.
- ALONSO LEDESMA, CARMEN, «La reforma en materia de subordinación crediticia», *Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 11, Editorial Wolters Kluwer, S.A. Madrid, 2009.

ALONSO PÉREZ, MARIANO «La responsabilidad precontractual», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 485, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1971.

ALTAMIRANO, ALEJANDRO C. *Responsabilidad tributaria de los administradores de entes colectivos. Desde la perspectiva del actuar en lugar de otro*, tesis doctoral, Departament de Dret Privat, Processal i Financer Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, 2008.

ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Editorial Comares, S.A., Granada, 2009.

ARANA DE LA FUENTE, ISABEL, «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *InDret. Revista para el análisis del derecho 4/2010*, Barcelona, 2010.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Universidad de Sevilla, 1999.

ATIENZA LÓPEZ, JOSÉ IGNACIO, «Naturaleza concursal o contra la masa de los créditos derivados de cuotas de contrato de leasing vencidas tras la declaración de concurso», *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 173, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2015.

AZNAR GINER, EDUARDO, «La acción rescisoria concursal», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 23, Editorial Tirant lo Blanch, 2007.

AZNAR GINER, EDUARDO, *La resolución del contrato en interés del concurso*, Editorial Tirant lo Blanch, S.A., Valencia, 2010.

BAÑULS GÓMEZ, F. A., «El concurso de acreedores y el contrato de descuento», *Anuario de derecho concursal*, nº 17, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2009.

BASTIDA FREJEDO, FRANCISCO JOSÉ, *et alii*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2004.

BELLIDO PENADÉS, RAFAEL, «Ejecuciones y apremios. Artículo 55», en Rojo-Beltrán, *Comentario de la Ley concursal*, tomo I, Thomson Civitas, S.A., Madrid, 2004.

BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO MIGUEL Y ROJO FERNÁNDEZ-RIO, ÁNGEL JOSÉ (coord. A. B. Campuzano y M.L. Sánchez), *Legislación y jurisprudencia concursales*, Editorial Aranzadi, S.A., 3ª edición, Cizur Menor, 2013.

- BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO, «Créditos concursales y créditos contra la masa», (coord. Rojo-Beltrán), *Comentario de la Ley concursal*, tomo I, Thomson Civitas, S.A., Madrid, 2004.

BENITO OSMA, FÉLIX, «La excesiva onerosidad de las prestaciones en la contratación mercantil», en *Estudios sobre el futuro código mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *Manual de Derecho Civil: contratos*, Editorial Bercal, S.A., Madrid, 2003.

BERMEJO GUTIÉRREZ, NURIA, «El crédito por intereses en el concurso de acreedores», en *Anuario de derecho concursal*, nº 2, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2005.

- BERMEJO GUTIÉRREZ, NURIA, «El reconocimiento de créditos. Artículo 86», (coord. Rojo-Beltrán), *Comentario a la Ley concursal*, Editorial Thompson Civitas, vol. I, Madrid, 2004.

BERNARD MAINAR, RAFAEL, *Derecho romano: curso de derecho privado romano*, Editorial UCA, Caracas, 2001.

BETTI, EMILIO, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA, *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- BLASCO GASCÓ, FRANCISCO, «Contrato Societario», en *Derecho Civil: Derecho de obligaciones y contratos*, (coord. por A. López, V.L. Montés y E. Roca), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

BONET CORREA, JOSÉ, «Los contratos de renta vitalicia y de vitalicio ante las alteraciones monetarias. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 octubre 1960, 28 mayo 1965 y 14 julio 1973», *Anuario de Derecho Civil*, Ediciones del Ministerio de Justicia, nº 4, Madrid, 1976.

BONET RAMÓN, FRANCISCO, *Código civil: comentado con sus apéndices forales*, Editorial Aguilar, Madrid, 1964.

BORJA SORIANO, MANUEL Y BORJA MARTÍNEZ, MANUEL, *Teoría general de las obligaciones*, tomo I, Editorial Porrúa, México 1989.

BOZZO HAURI, SEBASTIÁN, «La excepción del contrato no cumplido en materia concursal en España», *Revista de derecho*, vol. 26, nº 1, julio 2013.

BROSETA PONT, MANUEL Y MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, *Manual de derecho mercantil*, vol. II, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2012.

BULOW, OSKAR VON, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, (*Die Lehre von Den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, Giessen, 1868), traducción de Miguel Ángel Rosas, EJEA, Buenos Aires, 1964.

BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL, «Contrato de mandato. Contratos asociativos, contratos de prestación de servicios y realización de obras, contratos aleatorios, contratos para evitar o dirimir conflictos», en *Tratado de contratos*, (dir. R. Bercovitz), vol. III, Editorial Tirant lo Blanch, S.A., Valencia, 2013.

CABALLERO LOZANO, JOSÉ, *La mora del acreedor*, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992.

CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «La renuncia a los derechos. Artículo 6», en *Comentarios al código civil y compilaciones forales* (dirs. M. Albaladejo, S. Díez), tomo I, vol. I, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid, 1995.

CAMILLETTI, FRANCESCO, *El problema del equilibrio contractual*, A. Giuffrè Editore, Milano, 2004.

CAMPO BAYO, ALBERT, «La compensación de créditos, con especial referencia al concurso de acreedores», Universitat Autònoma de Barcelona, 2014.

CANO LÓPEZ, ALFONSO, «Concurso y cuentas en participación. Nuevas vías de comunicación de responsabilidad al cuentapartícipe», en *La reforma concursal: III Congreso español de derecho de la insolvencia*, Zaragoza, 5 y 6 de mayo de 2011 (coord. P. Prendes, E.M. Beltrán, J. A. García-Cruces), Editorial Thomson Reuters, S.A., Cizur Menor, 2011.

CANO MARCO, FRANCISCO, «El pago de los créditos contra la masa como presupuesto de los créditos concursales», en *Los acreedores concursales, II Congreso español de derecho de la insolvencia* (coord. Rojo-Beltrán), Editorial Civitas, S.A., Cizur Menor, 2010.

CARBAJO CASCÓN, FERNANDO, «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 5 de septiembre de 2013, sobre la calificación de las cuotas impagadas de contrato de leasing tras la declaración de concurso (o los misterios de la interpretación)», *Ars Iuris Salmanticensis. AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. II, nº 1, Universidad de Salamanca, 2014.

CARIOTA-FERRARA, LUIGI, *El negocio jurídico*, trad. Manuel Albaladejo, Aguilar, S.A. de Ediciones, Madrid, 1956.

CARNELUTTI, FRANCESCO en *Instituciones del proceso civil*, tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

CARRASCO PEREA, ÁNGEL, *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Thomson Civitas, S.A., 3ª edición, Cizur Menor, 2009.

- CARRASCO PERERA, ÁNGEL, «Cartas de intenciones, precontrato, responsabilidad in contrahendo y obligatoriedad de los tratos en la jurisprudencia española», *Aranzadi Civil*, nº 3, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2005.

CARRERAS MARAÑA, JUAN MIGUEL «Efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado: análisis del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio» *Estudios de derecho judicial*, nº 54, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

CASAS HERVILLA, JORDI, *El desvalor material de la acción: una revisión del injusto a la luz de la concepción significativa de la acción*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2015.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil español común y foral*, 12ª edición, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1978.

- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 2005.

CASTELLANOS TORRES, JOSÉ ANTONIO, «El procedimiento de derivación de responsabilidad tributaria», *ICADE Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 77, mayo-agosto 2009, págs. 166-222.

CASTILLEJO DUARTE, JOSÉ, *La Filosofía del Derecho e Historia Universal del Derecho*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1910.

CASTRO SALINAS, JAVIER, «Algunos aspectos referentes al contrato de cuenta corriente bancaria», *Themis Revista de Derecho*, Asociación Civil Themis, nº 35, Lima, 2015.

CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1985.

- CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE, «La promesa de contrato (algunas notas para su estudio)», *Anuario de Derecho Civil*, Ediciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1950.

CERDÁ ALBERO, FERNANDO, «El contrato de leasing en el concurso de acreedores», en *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Profesor José Antonio Gómez Segade* (coord. A.M. Tobío), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2013.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO, «Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fasc. III, Ediciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 2012.

CHAMIE, JOSÉ FÉLIX, «El principio general de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual», *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, nº 22, enero-junio de 2012.

CLEMENTE MEORO, MARIO ENRIQUE, «La resolución de los contratos por incumplimiento y resarcimiento del daño», *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 5, Editorial Tirant lo Blanch, S.A., Valencia, 2003.

COLINO MEDIAVILLA, JOSÉ LUIS, «Préstamo participativo» en *La contratación bancaria* (dirs. A. Sequeira, E. Gadea), Universidad Complutense, Madrid, 2007.

- COLINO MEDIAVILLA, JOSÉ LUIS, *Créditos participativos y concurso de acreedores*, Editorial La Ley Actualidad, S.A., Madrid, 2010.

COLOMER FERNÁNDEZ, HORACIO, «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil: arts. 16, 17, y 18», en *InDret, revista para el análisis del derecho 2/2005*, Barcelona, mayo de 2005.

CORDERO LOBATO, ENCARNA, «Artículos 84-97», en *Comentarios a la Ley concursal*, (coord. R. Bercovitz), Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2004.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN, *Derecho procesal civil, Parte General*, 8ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, S.A., Valencia, 2015.

COVIELLO, NICOLÁS, *Doctrina general del derecho civil*, Valetta Ediciones, S.R.L., Buenos Aires, 2007.

CUENA CASAS, MATILDE, «Algunas deficiencias de la Ley concursal ante la insolvencia de la persona física», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 7, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, noviembre 2009.

CUESTA RUTE, JOSÉ MARÍA DE LA «El contrato de leasing y el concurso de acreedores del usuario», en *Derecho de sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis*, Editorial Comares, S.A., Granada, 2011.

D'ORS PÉREZ-PEIX, ÁLVARO, *Elementos de derecho privado romano*, Publicaciones del Estudio General de Navarra, Pamplona, 1960.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, «La compensación en la Ley concursal: régimen general», en *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia, (Efectos del concurso sobre acreedores, créditos y contratos, la tramitación del concurso: aspectos procesales)*, vol. III, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005.

- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, NICOLÁS, «La compensación de la Ley concursal. Régimen general y excepciones», en *Estudios sobre la Ley concursal*, vol. III, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2005.

DÍAZ GÓMEZ, MANUEL JESÚS, «El riesgo en la doctrina de Pothier», *Derecho y conocimiento*, vol. I, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, 2001.

DÍAZ MARTÍNEZ, MANUEL, *El Proceso concursal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2014.

DÍAZ RUIZ, EMILIO Y RUIZ BACHS, SALVADOR, «Reformas urgentes para el impulso a la productividad: importantes reformas y algunas lagunas», *Diario La Ley*, nº 6240, 27 de abril de 2005.

DÍEZ SOTO, CARLOS MANUEL, *Contratos sobre bienes litigiosos y su rescisión*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2013.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, 9ª edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2005.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS y otros, *Los principios del derecho europeo de contratos*, capítulos XIII y XIV, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2002,
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, «El concepto de causa en el negocio jurídico», *Anuario de Derecho Civil*, Ediciones del Ministerio de Justicia, vol. 16, nº 1, 1963.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, «La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos (una presentación)», en las Jornadas de febrero de 2010 de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2130, abril 2011.

DUCHENA MOZO, GRACIA MARÍA, *La hacienda pública en el procedimiento concursal. La aplicación del test del acreedor privado por la Comisión y el Tribunal de Justicia de la UE*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2012.

EIZAGUIRRE BERMEJO, JOSÉ MARÍA DE, *Derecho de sociedades*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2001.

ESPIGARES HUETE, JOSÉ CARLOS, *La acción rescisoria concursal*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2011.

ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO, «La excepción de incumplimiento contractual», *Anuario de derecho civil*, Ediciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1964.

EXARRANDIO HERRERA, EDORTA J., *Manual de derecho concursal*, La Ley Actualidad, 2ª edición, Madrid, 2009.

FAIRÉN GUILLÉN, VICTOR, *Teoría general del derecho procesal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1992.

FENOY PICÓN, NIEVES, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de codificación», *Anuario de derecho civil*, tomo LXIII, Ediciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, MARÍA ÁNGELES, «La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales», *La Ley Actualidad*, Madrid, 1998.

- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, MARÍA ÁNGELES, «La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales», Editorial La Ley, Madrid, 2002.
-

FERNÁNDEZ HIERRO, JOSÉ MANUEL, «La exceptio non adimpleti contractus», *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 43, nº 2, Bilbao, 1995.

FERNÁNDEZ PÉREZ, NURIA, «Acerca de la posibilidad de alterar el vencimiento de los créditos contra la masa en interés del concurso», en *Los acreedores concursales: II Congreso Español de Derecho de la insolvencia* (coord. Rojo-Beltrán), Cizur Menor, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ MARÍA, *Los efectos de la declaración de concurso sobre contratos. Especial referencia a los contratos bancarios y de financiación*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2013.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, FRANCISCO JAVIER, «El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales», *Aranzadi Civil*, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, nº 1, 1997.

- FERNÁNDEZ URZAINQUI, FRANCISCO JAVIER, «La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1997.

FERRARA, FRANCESCO, *La simulación en los negocios jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.

FERRÉ FALCÓN, JUAN, «Los créditos subordinados de las personas especialmente relacionadas con el concursado», en *Anuario de derecho concursal*, nº 34, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2015.

- FERRÉ FALCÓN, JUAN, *Los créditos subordinados*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2006.

FERRÉ MOLTÓ, MIGUEL Y LEÓN SANZ, FRANCISCO JOSÉ, «Las cuentas en participación y el concurso», *Anuario de derecho concursal*, nº 15, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2008.

FUENTESECA DEGENEFFE, CRISTINA, *La posesión mediata e inmediata*, Dykinson, S.L., Madrid, 2002.

GALINDO ARAGONCILLO, ALICIA Y NAVARRO CODERQUE, FERNANDO «El pacto comisorio en el actual marco de los derechos de garantía», *Diario La Ley*, nº 8314, Sección Doctrina, 20 de Mayo de 2014.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, «La interpretación constitucional», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 2, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998.

GARCÍA ESCOBAR, GABRIEL A., «El tratamiento de los créditos concursales y el principio par conditio creditorum», *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, Universidad de Almería, vol. V, marzo 2014.

GARCÍA MANDALONIZ, MARTA, «Los préstamos participativos y la deuda subordinada entre los créditos subordinados del artículo 91.2 de la futura Ley concursal», *Cuadernos de derecho y comercio*, nº 36, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 2001.

- GARCÍA MANDALONIZ, MARTA, «Participación y/o subordinación en los instrumentos de financiación», *Revista de derecho mercantil*, nº 247, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2003.

GARCÍA MÁYNEZ EDUARDO, *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1970.

GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN «De los efectos sobre los contratos, artículo 61», *Comentarios de la Ley concursal*, (coord. R. Bercovitz), vol. I, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2004.

- GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN «Promesa bilateral de compraventa pendiente de ejecución y concurso del promitente comprador», *Anuario de derecho concursal*, nº 6, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2005.
- GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN, «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso», *Anuario de derecho concursal*, nº 13, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2008.

GARCÍA VILLAVERDE, RAFAEL, *Contratos bancarios*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO «La reintegración de la masa activa en la Ley concursal (I y II)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Editorial Aranzadi, S.A. núms. 590 y 591, Cizur Menor, 2003.

- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO, *Crisis Inmobiliaria y Derecho concursal*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO Y LÓPEZ SÁNCHEZ, JAVIER, *La reforma de la Ley concursal. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO, «Clasificación de los créditos en los que un tercero disfrute de fianza prestada por una persona especialmente relacionada con el concursado», *Revista de Derecho Ban-*

cario y Bursátil, nº 109, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 2008.

GARRIDO GARCÍA, JOSÉ MARÍA, «Artículo 92», en *Comentario de la Ley concursal*, (coord. Rojo-Beltrán), Thomson Civitas, S.A., Madrid, 2004.

- GARRIDO GARCÍA, JOSÉ MARÍA, «Artículos 89-97» en *Comentario de la Ley concursal*, (coord. Rojo-Beltrán), Thomson Civitas, S.A., Madrid, 2004.
- GARRIDO GARCÍA, JOSÉ MARÍA, «Créditos subordinados, artículo 92», en *Comentario de la Ley concursal* (coord. Rojo-Beltrán), Thomson Civitas, S.A., Madrid, 2004.
- GARRIDO GARCÍA, JOSÉ MARÍA, «Créditos subordinados», en *Comentario de la Ley concursal*, (coord. Rojo-Beltrán), Thomson Civitas, S.A., Madrid, 2004.
- GARRIDO GARCÍA, JOSÉ MARÍA, *Tratado de las preferencias del crédito*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2000.

GATTI, SERAFINO, «La adecuación de la prestación en los contratos con prestaciones corresponsivas», *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Piccin Nuova Libreria, S.p.A., Padova, 1963.

GAYO, «*Gaius: Institutiones*», *Antología de textos jurídicos de Roma* recopiladas por Álvaro D'ors, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid 1943.

GIMENO SENDRA, VICENTE, *Derecho procesal civil*, Editorial Colex, S.A., Madrid 2007.

GÓMEZ BERNARDO, NATALIA «Cumplimiento de los contratos en el concurso y competencia objetiva del juez del concurso. Comentario a la sentencia de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de febrero de 2008» *Anuario Contencioso Wolters Kluwer* 2008, Madrid, 2009.

GÓMEZ CALLE, ESTHER «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, nº LXV, Ediciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 2012.

GÓMEZ MENDOZA, MARÍA «Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», *Comentarios a la legislación concursal*, (dir. J. Pulgar), Dykinson, S.L., Madrid, 2004, tomo I.

GÓMEZ POMAR, FERNANDO, «El incumplimiento contractual en el Derecho español», *InDret Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, julio 2007.

GÓMEZ RODRÍGUEZ, ÁLVARO, «Costas procesales», *Diario La Ley*, nº 8072, Sección Doctrina, 29 de abril de 2013.

GÓMEZ VÁSQUEZ, CARLOS FERNANDO, «Riesgo contractual y extinción del contrato», *Revista Opinión Jurídica*, vol. 5, nº 10, Universidad de Medellín, 2006.

- GÓMEZ VÁSQUEZ, CARLOS, «El carácter trágico de la justicia contractual: a propósito de las relaciones de consumo», *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2061, Madrid, 2008.

GÓMEZ-BLANES, PABLO, *El principio de accesoriedad de la fianza*, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2008.

GONZALEZ NAVARRO, BLAS ALBERTO, «Las costas en la Ley concursal», *Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 5, Editorial Wolters Kluwer, S.A. Madrid, 2006.

- GONZÁLEZ NAVARRO, BLAS ALBERTO, «Las preferencias de créditos en las ejecuciones singulares y su relación, actual y proyectada, con la Ley concursal», *Diario La Ley*, nº 6794, Sección Doctrina, 5 de octubre de 2007.

GONZÁLEZ PASTOR, CARMEN PALOMA, en «Aspectos fundamentales del proyecto de Ley concursal», *Diario La Ley*, nº 5803, Sección Doctrina, 16 de junio de 2003.

GUAYO CASTIELLA, IÑIGO, *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, Editorial La Ley, S.A., Madrid, 2011.

GUINOT BARONA, MARÍA, «Diferencia de trato entre la Administración Pública y el contratante privado frente a la situación de concurso ¿una discriminación razonable?», *Diario La Ley*, nº 7080, Sección Tribuna, 19 de diciembre de 2008.

GURREA MARTÍNEZ, AURELIO «Recensión del libro ‘Los créditos subordinados’, de Juan Ferré», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 23, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2011.

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, «La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004.

HERBOSA MARTÍNEZ, INMACULADA «Los efectos del concurso en la Ley concursal», *Diario La Ley*, 7 de abril de 2004.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *La posesión*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1980.

JARILLO GÓMEZ, JUAN LUIS, «La posesión en el código civil. Significación de la posesión dentro de los derechos reales», *Saberes, Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, Universidad Alfonso X El Sabio, vol. 6 (separata), 2008.

JEREZ DELGADO, CARMEN Y PÉREZ GARCÍA, MÁXIMO JUAN «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 19, Madrid, 2009.

JUAN Y MATEU, FERNANDO, en «Suspensión del devengo de intereses, artículo 59», *Comentario de la Ley concursal*, (coord. Rojo-Beltrán) Thomson Civitas, S.A., Madrid, 2004.

LACAYO ARANA, MARÍA ALEJANDRA, *La buena fe en el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación*, Salamanca, 2012.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, Dykinson, S.L., Madrid, 2008.

LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ, RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho civil, II*, «Derecho de obligaciones», vol. II, Librería Bosch, Barcelona, 1985.

LAMO MERLINI, OLGA DE, *Consideraciones sobre la situación de las personas especialmente relacionadas con el concursado*, Universidad Complutense, Madrid, 2010.

LINARES GIL, MAXIMINO, «Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el real decreto-ley 6/2010», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 14, Editorial Wolters Kluwer, S.A. Madrid, 2011.

LÓPEZ LÓPEZ, ÁNGEL, MONTÉS PENADÉS, VICENTE L., ROCA TRIAS, ENCARNACIÓN Y OTROS, *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Editorial Tirant Lo Blanch, S.A., Valencia, 2001.

LÓPEZ MURCIA, RAFAEL, «Sobre política jurídica», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 9, 2005-2006.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, JAVIER, «El crédito contra el fiador solidario declarado en concurso. Su tratamiento jurisprudencial», *Diario La Ley*, nº 7525, Sección Tribuna, 10 de diciembre de 2010.

LOSCERTALES FUERTES, DANIEL, «La enervación en los arrendamientos urbanos y la Ley concursal», *Sepin Arrendamientos Urbanos*, núm. 241, noviembre 2003.

MACÍA MORILLO, ANDREA, «La extinción del mandato por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario», en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 4, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2005.

MADRAZO LEAL, JUAN, «Enervación del desahucio en arrendamientos urbanos», *Comentario de la Ley concursal*, (coord. Rojo-Beltrán), tomo I, Thomson Civitas, Madrid 2004.

MADRAZO LEAL, JUAN, «Rehabilitación de créditos, cometario al artículo 68», *Comentario de la Ley concursal*, (coord. Rojo-Beltrán), tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

MAGDALENO CARMONA, ANTONIA M. Y BENEYTO PALLÁS, KILLIAN , «El concurso de acreedores de persona física: problemas pendientes y soluciones legislativas propuestas», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 30, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2013.

MAGRO SERVET, VICENTE, *Guía Práctica de Aplicación de la Ley concursal*, Editorial La Ley, S.A., Madrid, 2004.

- MAGRO SERVET, VICENTE en «Comentario al artículo 150 Ley concursal», *Guía práctica de aplicación de la Ley concursal*, Editorial La Ley, S.A., Madrid, 2004.
- MAGRO SERVET, VICENTE, «Concurso de acreedores del comunero ante la comunidad de propietarios», *Práctica de Tribunales. Revista de derecho procesal civil y mercantil*, nº 90, Editorial Wolters Kluwer, S.A. 2012.

MAIRATA COROMINAS, JAIME, en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 9, Editorial Wolters Kluwer, S.A. Madrid, 2008.

MAIRATA LAVIÑA, JAIME, «Efectos patrimoniales del concurso en el proyecto de Ley concursal», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, nº 91, febrero-marzo de 2003.

- MAIRATA LAVIÑA, JAIME, «La clasificación concursal del crédito procedente del descuento de efectos», *Diario La Ley*, nº 7355, 4 de marzo de 2010.

MALDONADO RAMOS, JAIME, «Artículo 205. Compensación», en *Comentarios a la legislación concursal*, (coord. A. Palomar), Dykinson, S.L., Madrid, 2004.

MANZANARES SECADES, ALBERTO Y VILLORIA RIVERA, ÍÑIGO, «Algunos apuntes sobre los créditos subordinados en la nueva Ley concursal», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, nº 5997, 15 de abril de 2004.

- MANZANARES SECADES, ALBERTO, «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *Anuario de derecho civil*, Ediciones del Ministerio de Justicia, vol. 38, nº 4, Madrid, 1985.

MARCO ARCALÁ, LUIS ALBERTO, «La rehabilitación de créditos y de contratos en la nueva Ley concursal», *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. III, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005.

MARCOS CÓRDOBA, MARINA DE PASQUALE «Sanciones en Derecho Civil», *Revista La Ley*, nº 49, 1997.

MARÍN DE LA BÁRCENA, FERNANDO, «Subordinación de créditos por obstaculización de contratos (Art. 92.7 LC)». *II Congreso de Derecho Internacional sobre Derecho Concursal*, Universidad Complutense de Madrid, 2001.

- MARÍN DE LA BÁRCENA, FERNANDO, «La obstaculización del cumplimiento de contratos como causa de subordinación de créditos (artículo 92.7 LC)», *Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 15, Editorial Wolters Kluwer, S.A. Madrid, nº 15, 2011.

MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS «Las garantías del crédito en las situaciones concursales (en especial, las garantías financieras relativas a los valores anotados en cuenta)», *Proyecto de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico*, Ministerio de Ciencia y Tecnología, Madrid, 2005.

MARTÍNEZ REYES, MARÍA DE LOS ÁNGELES, «El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal», *Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 12, Editorial Wolters Kluwer, S.A. Madrid, 2012.

MARTÍNEZ ROSADO, JAVIER, «Los Contratos de crédito, préstamo y descuento en el concurso», *Implicaciones Financieras de la Ley concursal*, (coord. por A. Alonso y J. Pulgar), Editorial La Ley, S.A., Madrid, 2009.

MARTÍNEZ-FLÓREZ, AURORA, «Artículos 61, 62 y 63. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», *Comentario de la Ley concursal* (coord. Rojo-Beltrán), Thomson Civitas, S.A., Madrid, 2004.

MILLÁN HERNÁNDEZ, CARLOS, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1987.

MONTERO, FÉLIX J. Y BEDOYA, FERNANDO, «Rescisión concursal y mala fe: riesgos jurisprudenciales», *Diario La Ley*, nº 8109, Sección Tribuna, 20 de Junio de 2013.

MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUIS, «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 11, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2007.

- MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUIS, «El régimen de los créditos subordinados en la Ley concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 1, Editorial Civitas, S.A., Madrid 2004.

MORAN BOVIO, DAVID AMABLE, «Obligación de intereses en la Ley concursal», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. III, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005.

MORENO NAVARRETE, MIGUEL ÁNGEL, «La calificación concursal como subordinados de los créditos por intereses. Comentario a la STS de 5 de mayo de 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 91, Editorial Civitas, S.A., Madrid, enero-abril 2013.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, ANA, *Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales*, Editorial Tirant lo Blanch, S.A., Valencia, 2010.

MORENO-TORRES HERRERA, MARÍA LUISA, «Arras, opción de compra e interpretación del contrato», *Diario La Ley*, nº 78, 2012.

MUÑOZ BENAVIDES, CARMEN, «La ejecución de las garantías financieras en el ámbito del concurso de acreedores», *Diario La Ley*, nº 8064, Sección Tribuna, 17 de abril de 2013.

- MUÑOZ BENAVIDES, CARMEN, «Las acciones de reintegración concursales», *Diario La Ley*, nº 6967, Sección Tribuna, 13 de Junio de 2008.

MUÑOZ MÉNDEZ, JAVIER, «Las arras: modalidades y efectos», *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2015.

NAVARRO CASTRO, MANUEL, *Los créditos contra la masa en el concurso de acreedores*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2008.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, *Código civil comentado y con jurisprudencia*, Editorial La Ley, S.A., 6ª edición, Madrid, 2008.

OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA, *El objeto del proceso y la cosa juzgada en el proceso civil*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2005.

OLIVENZA RUIZ, MANUEL, *La terminología jurídica de la reforma concursal*, Iustel, Portal Derecho, S.A., Madrid, 2006.

ORTEGA GUTIÉRREZ, DAVID, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española. Un avance doctrinal hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística*, Dykinson, S.L., Madrid, 2009.

ORTELLS RAMOS, MANUEL, *La ejecución de condenas no dinerarias en la ley de enjuiciamiento civil*, Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2005.

PALAO UCEDA, JUAN en «Las acciones de rescisión en el concurso de acreedores», *Diario La Ley*, nº 7820, Sección Tribuna, 16 de marzo de 2012.

PARICIO SERRANO, JAVIER, «Una historia del contrato en la jurisprudencia romana», *Historia del Derecho Romano y su recepción europea*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2010.

PARRA LUCÁN, M^a ÁNGELES «Las limitaciones patrimoniales del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores», *Aranzadi Civil*, nº 2, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2010.

PASTOR MARTORELL, NURIA, «Efectos de la declaración de concurso en el contrato de arrendamiento», *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana. Jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº 1, Editorial Tirant lo Blanch, S.A., Valencia, 2013.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, JOSÉ CÁNDIDO, «Comentario al artículo 1665 CC», en *Comentario al Código Civil*, (dirs. C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

PERDICES HUETOS, ANTONIO B., *Fianza y concurso. Las garantías personales en la nueva Ley concursal*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2005.

PÉREZ BENÍTEZ, JACINTO JOSÉ, «Créditos subordinados tras la reforma de la Ley concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre», *Tratado Judicial de la insolvencia*, (dirs. P. Prendes y A. Muñoz) tomo II, Editorial Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

- PÉREZ BENÍTEZ, JACINTO, «Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades», *Revista de derecho concursal y paraconcursal, Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 19, Editorial Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2013.

PÉREZ GONZÁLEZ, BLAS Y ALGUER, JOSÉ, *Notas al derecho de obligaciones de Enneccerus-Lehmann*, tomo I, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1954.

PÉREZ PAREDES, ESMERALDA, «Las Uniones Temporales de Empresas en la contratación pública», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, Institución Fernando el Católico, Excma. Diputación de Zaragoza, 4 de abril de 2013.

PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, JUAN IGNACIO, *Perfiles de acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código civil español*, Editorial Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.

PINTÓ RUIZ, JOSÉ JUAN, «Resolución del contrato y la regla periculum est emptoris», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 74, nº 4, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 1975.

PORRAS NADALES, ANTONIO JOAQUÍN, «La ley singular y el problema del control de su soporte causal (a propósito de la STC 163/1986 de 17 de diciembre)», *Revista de Derecho Político*, nº 30, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989.

POSTIGO GUTIÉRREZ, ANA Y CASADO ROMÁN, JAVIER, en «La ejecución de las resoluciones dictadas en los procesos de desahucio», *Diario La Ley*, nº 8184, Sección Tribuna, 5 noviembre 2013.

POTHIER, ROBERT-JOSEPH, *Traité des obligations*, Dalloz, París, 2012.

PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1988.

PUIG I FERRIOL, LLUÍS, *Manual de Derecho Civil*, tomo II, «Derecho de obligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría general del contrato», 3ª edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000.

PUIG PEÑA, FEDERICO, *Tratado de derecho civil español*, Revista de Derecho Privado, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1947.

PULGAR EZQUERRA, JUANA y otros «Artículo 40», *Comentarios a la legislación concursal*, tomo I, Dykinson, S.L., Madrid 2004.

- PULGAR EZQUERRA, JUANA, «Algunas consideraciones en torno a la entrada en vigor de la nueva legislación concursal», *Diario La Ley*, nº 6094, Sección Doctrina, 27 de septiembre de 2004.
- PULGAR EZQUERRA, JUANA, «Reestructuración financiera, paraconcursalidad normativa y Sareb», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 2014.

- PULGAR EZQUERRA, JUANA, «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», *Diario La Ley*, nº 7097, Sección Doctrina, 21 de enero de 2009.
- PULGAR EZQUERRA, JUANA, *El concurso de acreedores: la declaración*, La Ley Actualidad, Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2009.
- PULGAR EZQUERRA, JUANA, en «Sareb y paraconcursalidad normativa», *Diario La Ley*, nº 8200, Sección Doctrina, 27 de Noviembre de 2013.
- PULGAR EZQUERRA, JUANA, *La declaración del concurso de acreedores*, Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2005.

QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, *Las sociedades civiles sin personalidad jurídica en el ordenamiento español*, Universidad de Málaga, Facultad de Derecho, 2003.

QUÍNONERO CERVANTES, ENRIQUE, «La situación jurídica de renta vitalicia», *Anales de derecho*, Universidad de Murcia, 1979.

RIVERA FERNÁNDEZ, MANUEL, «Arras, una construcción jurisprudencial», *Revista General de Derecho*, nº 594, editor Augusto Vicente y Amela, 1994.

ROCA TRIAS, ENCARNA, «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2132, Madrid, 2011.

ROCA-SASTRE, RAMÓN MARÍA «El riesgo en el contrato de compraventa» el capítulo XI, vol. I, *Estudios de Derecho Privado*, Thomson Civitas, S.A., Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, FÉLIX, «La cesión de bienes a cambio de alimentos: el contrato de vitalicio», *Libro homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. III, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988.

RUBIO TORRANO, ENRIQUE, «Créditos concursales tributarios y de la seguridad social: dos sentencias importantes», *Aranzadi Civil*, nº 2, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2009.

RUGGIERO, ROBERTO DE, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, vol. I, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1944.

RUIZ VELASCO Y DEL VALLE, ADOLFO, *Manual de Derecho Mercantil*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2007.

SALELLES CLIMENT, JOSÉ RAMÓN, «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: consideraciones sobre el régimen establecido por el artículo 61 de la Ley concursal», *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. III, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005.

SALINAS ADELANTADO, CARLOS, «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», *Anuario de derecho concursal*, nº 24, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2011.

SAN JUAN Y MUÑOZ, ENRIQUE, «Mantenimiento y ejercicio de nuevas acciones en la tramitación del concurso de acreedores de conformidad a la nueva Ley 22/2003 de 9 de julio», *Diario La Ley*, Sección Doctrina de 3 de octubre de 2003.

SAN MIGUEL PRADERA, LIS PAULA, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *Anuario de Derecho Civil*, Ediciones del Ministerio de Justicia, tomo LXIV, fascículo IV, Madrid, 2011.

- SAN MIGUEL PRADERA, LIS PAULA, «Sentencia de 18 de diciembre de 2012. La exceptio non adimpleti contractus frente a la solicitud de inclusión de un crédito en la lista de acreedores», Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, nº 94, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2014.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, «Contrato de cuenta corriente mercantil, el de cuenta corriente bancaria y rendición de cuentas», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, nº 46, Madrid, 1992.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, CARMEN, «Negocio unilateral de fijación y reconocimiento de deuda. Comentario a la STS de 31 de marzo de 2006» *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 19, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2007.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, CARMEN, *Los negocios de fijación*, Editorial Tirant lo Blanch, S.A., Valencia, 2004.

SÁNCHEZ MARTÍN, CARLOS «"Incumplimiento esencial" versus "incumplimiento prestacional con transcendencia resolutoria". Una apuesta por su clarificación doctrinal y práctica. Comentario a la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en fecha 18 de noviembre de 2013», *Diario La Ley*, nº 8318, 2014.

SANCHO GARGALLO, IGNACIO, «Reintegración de la masa del concurso: aspectos sustantivos de la acción rescisoria concursal», en *Revista jurídica de Cata-*

lunya, Vol. 103, nº 4, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 2004.

SANJUÁN MUÑOZ, ENRIQUE, «Sinalagma y concurso de acreedores: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 9 de enero de 2013 sobre el swap y el RB 5/2005», *Diario La Ley*, nº 8057, Sección Doctrina, 8 de abril de 2013.

- SANJUÁN Y MUÑOZ, ENRIQUE «El régimen particularizado de créditos concursales a través de leyes singulares», *Diario La Ley*, nº 8410, Sección Tribuna, 30 de octubre de 2014.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, ENRIQUE, «La subordinación de créditos por obstaculización del contrato (Artículo 92.7 Ley concursal)», *Revista de derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 13, Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2010.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, ENRIQUE, «El arrendamiento financiero como crédito en el concurso», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 4, Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2010.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, ENRIQUE, «La subordinación del crédito por obstaculización del contrato (artículo 97.2 Ley concursal)», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 4, Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2012.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, ENRIQUE, «Sinalagma y concurso de acreedores», *Diario La Ley*, número 8057, Sección Doctrina, 8 de abril de 2013.

SASTRE PAPIOL, SEBASTIÁN, «El contrato de descuento bancario», en *Tratado de Derecho Mercantil*, vol. 2, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 2007.

SEBASTIÁN QUETGLAS, RAFAEL, *Concurso y rescisión*, Editorial Tirant Lo Blanch, S.A. Valencia, 2013.

TAPIA SÁNCHEZ, MARÍA ROSA «La extinción de los contratos de distribución y agencia como presupuesto de la indemnización por clientela», en *Los contratos de distribución*, (dirs. A. Alonso, L.A. Velasco, C. Alonso, J. Echevarría, A.J. Viera), Congreso de Distribución Comercial y Derecho de la Competencia, Madrid, 2010.

TIRADO MARTÍ, IGNACIO, «Reflexiones sobre el concepto de "interés concursal": ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de

acreedores», *Anuario de Derecho Civil*, Ediciones del Ministerio de Justicia, vol. 62, nº 3, Madrid, 2007.

TORAL LARA, ESTRELLA, *El contrato de renta vitalicia*, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Salamanca, 2008.

TORRES PEREA, JUAN MANUEL DE, *Presupuestos de la acción rescisoria*, Editorial Tirant lo Blanch, S.A., Valencia, 2001.

TRUJILLO DIEZ, IVÁN JESÚS, «Comentario al artículo 58 LC», en *Comentarios a la Ley concursal* (coord. R. Bercovitz), Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2004.

URÍA GONZÁLEZ, RODRIGO, *Curso Derecho Mercantil*, vol. 2, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2006.

VALLE CORREDOR, LUIS DE, «Introducción al sistema de reintegración concursal en el sistema financiero español», *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 102, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 2006.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, MARÍA ROSARIO, *Derecho Civil de Obligaciones y Contratos*, (coord. A. López, V. L. Montes y E. Roca), Editorial Tirant Lo Blanch, S.A., Valencia, 2001.

VÁZQUEZ CUETO, JOSÉ CARLOS, *El régimen de los intereses devengados por créditos concursales tras la declaración de concurso*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2009.

- VÁZQUEZ CUETO, JOSÉ CARLOS, en «La unión temporal de empresas y el concurso de acreedores», *Anuario de derecho concursal*, nº 23, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 2011.

VECCHIO, GIORGIO DEL, *Filosofía del Derecho*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1991.

VEIGA COPO, ABEL B., «Los créditos subordinados en la Ley concursal», *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 102, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 2006.

VERDERA SERVER, RAFAEL, «El cumplimiento forzoso de las obligaciones», volumen 64 de *Studia Albornotiana*, Publicaciones del Real Colegio de España, 1995.

VERDÚ CAÑETE, MARÍA JOSÉ, «Notas sobre el nuevo derecho concursal», *Anales de derecho*, nº 22, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004.

VILA FLORENSA, PABLO, «Artículo 58. Prohibición de compensación», en *Comentarios a la Ley concursal* (coords. J.M. Sagrera, A. Sala, A. Ferrer), tomo I, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004.

- VILA FLORENSA, PABLO, «Artículo 59. Suspensión del devengo de intereses en el concurso», en *Comentarios a la Ley concursal*, (coords. J.M. Sagrera, A. Sala, A. Ferrer), tomo I, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004.

VILLORIA RIVERA, IÑIGO, «Los efectos del concurso sobre los contratos de financiación: vencimiento anticipado y resolución», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 5, Editorial Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2006.

- VILLORIA RIVERA, IÑIGO, «La subordinación de los créditos de las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 7, Editorial Wolters Kluwer, S.A., Madrid, 2007.
- VILLORIA RIVERA, IÑIGO Y ENCISO ALONSO-MUÑUMER, MARÍA, *Memento Concursal*, Editorial Francis Lefebvre, S.A., Madrid, 2012.

VIVAS TESÓN, INMACULADA, *Bienes de la personalidad*, «La horizontalidad de los derechos fundamentales», Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Universidad de Murcia, 2008.

ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO, «Del netting a las garantías financieras», *Themis Revista de Derecho*, nº 54, Asociación Civil Themis, Lima, 2007.

- ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO, «Una aproximación a las garantías financieras (comentarios al capítulo segundo del Real Decretoley 5/2005)», *Garantías reales mobiliarias en Europa* (coords. María E. Lauroba, Joan Marsal), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2006.

IX. JURISPRUDENCIA CITADA.

STS de 24 de junio de 1941.
STS de 10 de abril de 1956.
STS de 31 octubre de 1960.
STS de 27 de septiembre de 1961.
STS de 30 de septiembre de 1964.
STS de 18 de enero de 1964.
STS de 8 de mayo de 1965.
STS de 28 mayo de 1965.
STS de 24 de febrero de 1966.
STS de 14 julio de 1973.
STS de 8 febrero de 1975.
STS de 30 de marzo de 1976.
STS de 28 de noviembre de 1978.
STS Sala 1ª, de 21 de junio de 1980.
STS de 24 de abril de 1981.
STS de 23 de octubre de 1984.
STC de 17 de diciembre de 1986.
STC de 19 de diciembre de 1986.
ATC de 19 de febrero de 1986.
STS de 20 mayo de 1986.
STP de 30 de mayo de 1986.
STS de 25 junio de 1986.
STC de 29 de octubre de 1986.
STS de 27 de marzo de 1987.
STS de 31 de octubre de 1987.
STS de 11 de noviembre de 1987.
STC de 21 de diciembre de 1987.
SAT de Barcelona de 22 de junio de 1987.
STS de 27 noviembre de 1987.
STS de 25 marzo de 1988.
STS de 26 de abril de 1988.
STS de 3 de junio de 1988.
STC de 14 de julio de 1988.
STS de 20 octubre de 1988.
STS de 21 de noviembre de 1988.
STP de 8 de marzo de 1989
STS de 27 de marzo de 1989.
STS de 27 de abril de 1989.

STS de 10 mayo de 1989.
STC de 21 de septiembre de 1989.
STS de 3 octubre de 1989.
STS de 19 febrero de 1990.
STS de 20 de julio de 1990.
STS de 1 octubre de 1990.
STC de 15 de noviembre de 1990.
STS de 14 de febrero de 1991.
STS de 23 de abril de 1991.
STS de 12 de julio de 1991.
STS 26 de noviembre de 1991.
STC de 28 de noviembre de 1991.
STS de 26 de febrero de 1992.
STS de 7 de marzo de 1992.
STS de 1 de julio de 1992.
STS de 8 de junio de 1992.
STS de 16 de noviembre de 1992.
STS de 3 de diciembre de 1992.
ATC de 25 de enero de 1993.
STC de 25 marzo de 1993.
STS de 11 de mayo de 1993.
STS de 7 de mayo de 1993.
STS de 15 de noviembre de 1993.
STS de 24 diciembre 1993.
STS de 28 de diciembre de 1993.
STS de 8 febrero de 1994.
STC de 9 de mayo de 1994.
STC de 8 de mayo de 1995.
STS de 24 de junio de 1995.
STS de 2 de octubre de 1995.
STC de 28 de marzo de 1996.
STS de 13 de mayo de 1996.
STS de 31 de mayo de 1996.
STS de 13 de diciembre de 1996.
STC de 16 de diciembre de 1996.
STS de 27 de diciembre de 1996.
STS de 10 de febrero de 1997.
STS de 18 de febrero de 1997.
STS de 19 de abril de 1997.

STC de 21 de julio de 1997
STS de 22 de octubre de 1997.
STC de 28 de octubre de 1997.
STS de 5 de febrero de 1998.
STC de 17 de febrero de 1998.
STC de 16 de marzo de 1998.
STS de 13 de mayo de 1998.
STS, 1ª, de 19 de mayo de 1998.
STS de 29 de junio de 1998.
STS de 30 marzo de 1999.
STS de 28 de abril de 1999.
STS de 15 de junio de 1999.
STS de 18 de junio de 1999.
SAP de Sevilla de 8 de octubre de 1999.
STS de 30 de noviembre de 1999.
STS de 22 de diciembre de 1999.
STS de 17 de enero de 2000.
STS de 8 de mayo de 2000.
STS de 20 de junio de 2000
STC de 10 de julio de 2000.
STS de 11 de octubre de 2000.
STC de 4 de diciembre de 2000.
STS de 28 de febrero de 2001.
STS de 21 de marzo de 2001.
STS de 22 de mayo de 2001.
STS de 29 de junio de 2001.
SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 8 de julio de 2001.
STS de 28 de septiembre de 2001.
STS de 11 de octubre de 2001.
STP de 2 de noviembre de 2001.
STS de 5 de diciembre de 2001.
STS de 12 de diciembre de 2001.
STS de 7 febrero de 2002.
STS de 10 de mayo de 2002.
STS de 6 de junio de 2002.
STS de 11 de junio de 2002.
SAP de Zaragoza, Sección 15, de 17 de junio de 2002.
STS de 20 de junio de 2002.
STS de 26 de junio de 2002.

STC de 30 de septiembre de 2002.
STS de 7 de noviembre de 2002.
STS de 17 de febrero de 2003.
STS, Sala 1ª, de 11 de abril de 2003.
STS de 7 de mayo de 2003.
STS de 11 de junio de 2003.
STC de 3 de julio de 2003.
STS de 21 de julio de 2003.
ATC de 15 de julio de 2003.
STS de 17 diciembre de 2003.
SAP de Baleares, Sección 5ª de 16 de febrero de 2004.
STC de 27 de septiembre de 2004.
STS de 10 de octubre de 2005.
STC de 8 de noviembre de 2004.
SAP de Murcia, Sección 1ª, de 11 de enero de 2005.
STS de 7 de febrero de 2005.
STS de 29 de marzo de 2005.
SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 22 de junio de 2005.
STS de 30 de noviembre de 2005.
STS de 13 de octubre de 2005.
STS de 28 de noviembre de 2005.
STS de 18 de mayo de 2005.
STS de 12 de septiembre 2005.
STS de 21 de septiembre de 2005.
STS de 20 de octubre de 2005.
SAP de Sevilla, Sección 5ª, de 7 de noviembre de 2005.
STS de 14 de noviembre de 2005.
STC de 12 de diciembre de 2005.
STS, 1ª, 20 de diciembre de 2005.
SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 19 de enero de 2006.
STS de 1 de marzo de 2006.
STS de 31 de marzo de 2006.
STC de 3 de abril de 2006.
SAP de Barcelona de 29 de junio de 2006.
STP de 7 de julio de 2006.
STS de 6 septiembre de 2006.
SJM nº 2 de Bilbao de 13 de octubre de 2006.
SAP Barcelona, Sección. 15ª, de 6 de noviembre de 2006.
STS de 17 de noviembre de 2006.

STS de 7 de diciembre de 2006.
STS de 14 de diciembre de 2006.
STS de 4 de enero de 2007.
STS de 16 de marzo de 2007.
SJM nº 1 de Oviedo de 9 de abril de 2007.
SAP de Alicante, Sección 9ª, de 11 de mayo de 2007.
STS de 28 de junio de 2007.
STS de 17 de julio de 2007.
STS, Sala 3ª, de 19 de julio de 2007.
STS de 27 de septiembre de 2007.
SAP de Palencia de 2 de octubre de 2007.
STS de 10 de octubre de 2007.
SJM nº 1 de Málaga de 12 de octubre de 2007.
SAP de Alicante, Sección 8ª, de 18 de octubre de 2007.
SJM nº 1 de Bilbao de 19 de diciembre de 2007.
STS de 30 de enero de 2008.
SJM nº 7 de Madrid de 11 de febrero de 2008.
SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 18 de febrero de 2008.
SAP de Toledo, sección 1ª, de 14 de marzo de 2008.
STS de 16 de abril de 2008.
SAP de Alicante, Sección 8ª, de 3 de junio de 2008.
STS de 17 de junio de 2008.
STJUE de 19 de junio de 2008.
SAP de León, Sección 1ª, de 1 de septiembre de 2008.
STS de 29 de septiembre de 2008.
STS de 1 de octubre de 2008.
STS de 31 de octubre de 2008.
SAP de Pontevedra de 4 de diciembre de 2008.
STS de 9 de diciembre de 2008.
STS Sala 1ª de 17 de diciembre de 2008.
STS de fecha 21 de enero de 2009.
SAP de Barcelona, Sección 15, de 6 de febrero de 2009.
SAP de Castellón, Sección 3ª, de 20 de febrero de 2009.
SAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 2 de marzo de 2009.
SAP de Barcelona, Sección 15ª de 15 de mayo de 2009.
SAP de Zamora de 19 de junio de 2009.
SAP de Valencia, Sección 9ª, de 22 de junio de 2009.
STS de 22 de junio de 2009.
STP de 30 de junio de 2009.

SAP de Valencia de 13 de julio de 2009.
SAP de Pontevedra de 22 de julio de 2009.
SJM nº 1 de Bilbao de 21 de septiembre de 2009.
STS nº 1 de Bilbao de 26 de octubre de 2009.
STS de 21 de diciembre de 2009.
STS de 4 de enero de 2010.
SJM de Palencia nº 1 de 8 de enero de 2010.
STS de 8 de febrero de 2010.
SAP de A Coruña, Sección 3ª, de 12 de marzo de 2010.
SAP de Madrid, Sección 28, de 12 de Marzo de 2010.
STS de 22 marzo 2010.
SAP de Guadalajara de 22 de marzo de 2010.
STS de 1 de julio de 2010.
SAP de Madrid, Sección 28ª, de 16 de Julio de 2010.
STS 16 de septiembre de 2010.
SAP de Alicante de 15 de octubre 2010.
STS de 27 de octubre de 2010.
SAP de 9 de noviembre de 2010.
STS de 10 de noviembre de 2010.
SAP de Valencia, Sección 9, de 22 de diciembre de 2010.
SAP de La Coruña de 14 de enero de 2011.
STS 31 de enero de 2011.
STS de 9 de febrero de 2011.
STC de 28 de febrero 2011.
SAP de Córdoba, Sección 3ª de 22 marzo de 2011.
SJM nº 8 de Madrid de 23 de marzo de 2011.
SJM nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, de 24 de marzo de 2011.
SJM nº 1 de Málaga de 7 de Abril de 2011.
STS de 13 de mayo de 2011.
SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 12 de Julio de 2011.
STS de 13 de julio de 2011.
ATS Sala 3ª de 19 de Julio de 2011.
STS de 28 de julio de 2011.
SAP Zaragoza de 5 de octubre 2011.
STS de 10 de octubre de 2011.
STS de 1 de diciembre de 2011.
STS de 22 de diciembre de 2011.
SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 23 de diciembre de 2011.
SAP de Zaragoza de 19 de enero de 2012.

SAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 23 febrero de 2012.
STS de 29 de febrero 2012.
SAP de Vizcaya de 21 de marzo de 2012.
STS de 21 de marzo de 2012.
SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 26 de abril de 2012.
STS de 5 de mayo de 2012.
STS de 28 de mayo de 2012.
STS de 20 de junio de 2012.
SAP de Valladolid, Sección 3ª, de 19 de junio de 2012.
SAP de Barcelona, Sección 15, de 26 de Julio de 2012.
SAP Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 26 Julio de 2012.
SJM nº 9 de Barcelona de 19 de septiembre de 2012.
STS de 26 octubre de 2012.
SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 21 Noviembre 2012.
STS de 7 de diciembre de 2012.
STS de 8 de diciembre de 2012.
STS de 18 Diciembre de 2012.
SAP de Burgos de 18 de diciembre de 2012.
STS de 8 de enero de 2013.
STS de 9 de enero de 2013.
SAP de Burgos de 15 de enero de 2013.
SAP de Barcelona, de 23 de enero de 2013.
SAP de Salamanca, Sección 1ª de 4 febrero de 2013.
SAP de Salamanca, Sección 1ª de 5 de febrero de 2013.
SAP de Salamanca, Sección 1ª de 8 de febrero de 2013.
STS de 19 de febrero de 2013.
STS de 7 de marzo de 2013.
SAP de Murcia, sección 4ª, de 11 de abril de 2013.
STS de 21 de abril 2006.
STS de 30 de abril de 2013.
STS de 9 de mayo de 2013.
STS de 21 de junio de 2013.
STS de 11 de julio de 2013.
SSTS de 12 de julio de 2013.
STS de 17 de julio de 2014.
STS de 24 de julio de 2013.
STS de 5 de septiembre de 2013.
SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 7 de octubre de 2013.
SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 9 Octubre de 2013.

SJM nº 6 de Madrid, de 14 de octubre de 2013.
SAP de Almería de 22 de octubre de 2013.
STS de 18 de noviembre de 2013.
STS de 18 de diciembre de 2013.
SAP de Palma de Mallorca de 7 de enero de 2014.
SAP de Tarragona de 14 de enero de 2014.
SAP de Zaragoza, Sección 5, de 28 de enero de 2014.
SAP de Castellón, Sección 3ª, de 26 de febrero de 2014.
SJM nº 1 de Bilbao de 9 de marzo de 2014.
SJM Nº. 1 de Málaga, de 16 Abril de 2014.
SAP de Valencia, Sección 7ª, de 22 de abril de 2014.
STS de 30 de abril de 2014.
SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 24 de julio de 2014.
STS de 24 de julio de 2014.
STS de 4 de septiembre del 2014.
SAP de León, Sección 1ª, de 5 de septiembre de 2014.
SAP de Álava, sección 1ª, de 12 de diciembre de 2014.
SAP de Baleares, Sección 5ª, de 2 de febrero de 2015.
SJM nº 2 de Bilbao de 9 de junio de 2015.
SAP de Zaragoza, Sección 5, de 29 de junio de 2015.
SAP de Zaragoza de 1 de julio de 2015.
STS de 23 de julio de 2015.
SAP de Lugo, Sección 1ª, de 1 de octubre de 2015.
SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 4 de noviembre de 2015.
STS de 17 de noviembre de 2015.
SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, de 25 de noviembre de 2015.
SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 17 diciembre 2015.
SJM nº 1 de Badajoz de 30 de diciembre de 2015.
SJPI de Logroño, Sección, 6 de 25 de enero de 2016.
SJM nº 2 de Bilbao de 26 de enero de 2016.
SAP de Oviedo, Sección 6 de 1 de febrero de 2016.
SAP de Cantabria, Sección 4, de 16 de febrero de 2016.
SJM nº 1 de Barcelona de 25 de abril de 2016.
SJM nº 1 de Barcelona de 24 de mayo de 2016.
SJM nº 4 de Guadalajara de 2 de Junio de 2016.
STS de 3 de junio de 2016.
SAP de Navarra, Sección 3ª, de 3 Junio de 2016.
STS de 19 de julio de 2016.
STS de 14 de septiembre de 2016.

STS de 20 de septiembre de 2016.
SJM nº 1 de Bilbao, de 4 de enero de 2017.
SAP de Barcelona de 26 de enero de 2017.
STS de 5 de abril de 2017.

X. LEGISLACIÓN ANALIZADA.

1. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil.
2. Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007.
3. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
4. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
5. Ley 7/2011, de 11 de abril, por la que se modifica la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores.
6. Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.
7. Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación.
8. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.
9. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.
10. Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a plazos de bienes muebles.
11. Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
12. Ley 13/2009 de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para implantación de la nueva oficina judicial.
13. Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.
14. Ley 12/1995, de 27 de mayo, de Contrato de agencia.
15. Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de seguro.
16. Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de comercio.
17. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria.

18. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del sector público.
19. Principios de Derecho Contractual Europeo.
20. Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
21. Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley del Mercado de valores
22. Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero.
23. Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
24. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.
25. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación.
26. Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.
27. Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.
28. Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de junio de 2002 sobre acuerdos de garantía financiera.
29. Directiva 2009/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009 por la que se modifican la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores y la Directiva 2002/47/CE sobre acuerdos de garantía financiera, en lo relativo a los sistemas conectados y a los derechos de crédito.
30. Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo.

31. Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas.
32. Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
33. Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión.
34. Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.
35. Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.
36. Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca.
37. Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.
38. Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen fiscal de agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional.
39. Real Decreto-ley 3/2011 que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del sector público.
40. Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.
41. Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e intervención de las entidades de crédito
42. Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE.
43. Circular 3/2008 de 22 de mayo del Banco de España.
44. Dictamen del Consejo de Estado número 371/2005.
45. Anteproyecto de Ley concursal de 21 de marzo de 2002.
46. Dictamen del Consejo de Estado del Anteproyecto de Ley concursal de 21 de marzo de 2002.
47. Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del préstamo hipotecario.
48. Ley 24/1981 de 28 de julio del Mercado de valores.

49. Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establecen determinadas normas tributarias.
50. Ley 9/2012 de 14 de noviembre de Reestructuración y resolución de entidades de crédito.
51. Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero.
52. Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento a la liberalización de la actividad económica.
53. Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.
54. Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras.
55. Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen fiscal de las cooperativas.
56. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital.
57. Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre sociedades.
58. Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto sobre sociedades.
59. Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y rehabilitación urbana.
60. Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre sociedades.

61. Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas.
62. Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General tributaria.
63. Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.
64. Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero.
65. Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de gestión urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del suelo y ordenación urbana.
66. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social
67. Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de diciembre, de medidas urgentes en materia concursal.
68. Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.
69. Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento civil.
70. Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.
71. Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial
72. Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.
73. Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.
74. Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de crédito al consumo.
75. Proyecto de Código civil de 30 de abril de 1851.
76. Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo.

77. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del sector público.
78. Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.
79. Ley 4/2012 de 6 de julio de Contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.
80. Real Decreto-ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal.
81. Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales.
82. Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad horizontal.
83. Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de transporte terrestre de mercancías.
84. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial.