

## 1.7. Concursal

### Los efectos de la resolución del contrato de compraventa en el concurso de acreedores\* (a propósito de la STS de 19 de julio de 2016)

#### *The effects of the termination of a purchase agreement in the insolvency proceedings*

por

MARÍA LUISA SÁNCHEZ PAREDES

*Profesora Doctora de Derecho mercantil*

*Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Antonio de Nebrija*

**RESUMEN:** Cuando el contrato de compraventa pendiente de cumplimiento por ambas partes en el momento de la declaración de concurso se resuelve por incumplimiento de la concursada, ya sea ese incumplimiento anterior o posterior a la declaración de concurso, el crédito restitutorio de la parte *in bonis* es un crédito contra la masa. No obstante, la parte *in bonis* está vinculada por su actuación en el concurso, de modo que el crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio será concursal cuando así fue comunicado por la parte *in bonis* y reconocido por la administración concursal.

**ABSTRACT:** *When a purchase agreement (not fully performed by either party upon the opening of insolvency proceedings) is terminated by the solvent buyer, and the termination is based on the breach of said agreement by the insolvent seller, then the buyer's right to restitution will be a claim against the estate, regardless of whether the breach occurred before or after the opening of insolvency proceedings. However, had the buyer's claim been notified as an insolvency claim, this qualification shall remain.*

**PALABRAS CLAVE:** Ley Concursal. Contratos con obligaciones recíprocas. Compraventa. Incumplimiento. Resolución. Restitución.

**KEY WORDS:** *Insolvency Act. Executory contracts. Purchase agreement. Breach of contract. Termination. Restitution.*

---

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2015-71210-R, sobre «Financiación, refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Viabilidad financiera de la empresa», Ministerio de Economía y Competitividad.

**SUMARIO: I. LA RESOLUCIÓN OBJETO DE COMENTARIO: 1. LOS HECHOS RELEVANTES. 2. LAS RESOLUCIONES DE INSTANCIA. 3. LOS RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO.—II. LAS NORMAS CONCURSALES RELATIVAS A LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS: 1. LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE EL CONTRATO. 2. LOS EFECTOS SOBRE LOS CRÉDITOS Y SOBRE LAS FACULTADES CONTRACTUALES DE LAS PARTES. 3. LA AFECCIÓN DEL CONTRATO EN BASE AL INTERÉS DEL CONCURSO.—III. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DEL CONCURSADO Y SUS EFECTOS: 1. LA REGULACIÓN CONCURSAL DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO. 2. LA SITUACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN EL CONCURSO. 3. LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS DERIVADOS DEL CONTRATO. 4. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN EL CONCURSO. 5. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN EN LOS CONTRATOS DE TRACTO ÚNICO COMO LA COMPRAVENTA. 6. LA DESESTIMACIÓN DEL RECURSO: LA VINCULACIÓN DE LA PARTE *IN BONIS* AL CONCURSO Y AL CONVENIO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.**

## **I. LA RESOLUCIÓN OBJETO DE COMENTARIO**

### **1. LOS HECHOS RELEVANTES**

El 28 de diciembre de 2005 se celebra un contrato de compraventa de una parcela entre la vendedora Fadesa Inmobiliaria, S.A. (posteriormente, Martinsa Fadesa, S.A.) y la compradora Carpol Inversiones S.L. La entrega del inmueble estaba prevista para el mes de septiembre de 2006. No obstante, el 24 de julio de 2008 se declara el concurso voluntario de Martinsa-Fadesa, S.A., sin que se hubiera hecho entrega de la parcela, si bien la compradora había entregado algunas cantidades a cuenta del precio (en concreto, el último pago se efectuó en el mes de agosto de 2006).

En el mes de septiembre de 2008, la compradora comunicó en el concurso de acreedores el crédito por las cantidades entregadas a cuenta del precio; crédito que fue reconocido por la administración concursal e incluido en la lista de acreedores con la calificación de crédito concursal contingente, en cuanto dependía de la resolución del contrato. En marzo de 2011, se aprueba el convenio en el concurso de acreedores de Martinsa Fadesa, S.A., y en el mes de febrero de 2012, la compradora comunica a la vendedora la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento contractual.

### **2. LAS RESOLUCIONES DE INSTANCIA**

La empresa compradora, Carpol Inversiones, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de La Coruña interesando la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento esencial de la vendedora; pretensión a la que se allanó la vendedora, que, sin embargo, se opone a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio más allá de los términos y condiciones previstos en el convenio aprobado en el concurso de acreedores, así como a la indemnización por daños.

El juzgado de primera instancia declara resuelto el contrato por incumplimiento de la vendedora de su obligación de entrega, y condena a la restitución de todo lo entregado a cuenta del precio más los correspondientes intereses. El

juzgado considera que, al momento de la declaración de concurso de Martinsa Fadesa S.A., el contrato de compraventa estaba pendiente de cumplimiento tanto por el vendedor, que no había entregado el inmueble, como por el comprador, que no había pagado el precio, de modo que el crédito de la compradora *in bonis* —no concursada— era un crédito contra la masa. Ese crédito a la entrega de la vivienda, cuando se resuelve el contrato con posterioridad a la declaración de concurso, se convierte en un crédito por la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio, que será igualmente un crédito contra la masa.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de la Coruña, que conoce del recurso de apelación (Sentencia de 20 de enero de 2014), ratifica el pronunciamiento resolutorio, pero considera que el crédito restitutorio por las cantidades entregadas a cuenta del precio debe sujetarse al convenio concursal. Entiende que el crédito era concursal y no contra la masa, pues había nacido antes de la declaración de concurso, sin que la calificación de crédito concursal contingente que reconoció la administración concursal hubiera sido impugnada por la compradora *in bonis*. De ahí que el pago del crédito deba producirse en los términos del convenio aprobado en el concurso de acreedores de la vendedora.

### 3. LOS RAZONAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

El recurso de casación planteado por la compradora *in bonis* se funda esencialmente en dos motivos:

1. La infracción de la jurisprudencia sobre el incumplimiento resolutorio (art. 1124 del Código Civil), al estimar resuelto el contrato con anterioridad al concurso, si bien la compradora no comunicó su intención de resolverlo hasta que, con posterioridad a la aprobación del convenio concursal, deviene de imposible cumplimiento la obligación de entrega por la ejecución hipotecaria de la parcela objeto de la compraventa.

2. Y la infracción de la jurisprudencia sobre resolución del contrato de compraventa por incumplimientos anteriores al concurso (art. 62.1 LC), que considera que no es posible instar la resolución de los contratos de tracto único, como la compraventa, por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso. La parte *in bonis* solo puede ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento posterior de la concursada.

Frente a ello, el Tribunal Supremo entiende incontrovertidos los siguientes hechos:

En primer lugar, que en el momento de declararse el concurso de acreedores (en el mes de julio de 2008), la obligación de entrega del vendedor (exigible en el mes de septiembre de 2006) aún no se había cumplido, aunque estaba vencida. Por tanto, cuando se abre el proceso, el contrato se encontraba pendiente de cumplimiento por ambas partes, pues la compradora tampoco había satisfecho la totalidad del precio. Al tratarse de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, la obligación de entrega de la parcela a cargo de la vendedora en concurso debía realizarse con cargo a la masa (art. 61.2 LC).

En segundo lugar, que el incumplimiento de la concursada fue anterior a la declaración de concurso, con independencia de que la imposibilidad de cumplimiento tardío se constatará después, al ejecutarse la garantía sobre el bien.

Vencida la obligación de entrega de la parcela (en 2006), la vendedora se encontraba en situación de mora y su obligación pendiente de cumplimiento, como subsistía pendiente de cumplimiento la obligación de pago de la compradora. Con la ejecución de la hipoteca sobre el inmueble deviene imposible el cumplimiento tardío y la compradora ejerce la facultad resolutoria, pero el incumplimiento de la concursada había sido anterior al concurso.

No obstante, atendida la circunstancia de que la resolución del contrato es querida por ambas partes, el Tribunal solo se cuestiona los efectos derivados del ejercicio de la facultad resolutoria con posterioridad a la declaración de concurso. En este sentido, cuando la Ley Concursal regula los efectos que derivan del ejercicio de la resolución por incumplimiento en el proceso concursal (art. 62.4), no toma en consideración los efectos de la resolución sobre los contratos de tracto único, como la compraventa, sino que solo se refiere a los efectos sobre los contratos de tracto sucesivo. De ahí que contemple los posibles efectos liberatorios, liquidatorios e indemnizatorios de la resolución, pero no su eficacia restitutoria o *ex tunc*, que obliga a las partes a restituir lo recibido, propia de los contratos de tracto único, en los que «la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un solo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no». Sin embargo, a juicio del Alto Tribunal, la laguna legal no impide entender esa eficacia restitutoria como un efecto consustancial a la extinción de los contratos con obligaciones recíprocas que, cuando estaban pendientes de cumplimiento por ambos contratantes al tiempo de la declaración de concurso, determina la calificación del crédito a cargo del concursado como un crédito contra la masa. Al margen de si debía o no resolverse el contrato por tratarse de un incumplimiento anterior a la declaración de concurso, cuando se resuelva, el efecto restitutorio habrá de aplicarse indistintamente a todos los contratos de tracto único y el crédito restitutorio de la parte *in bonis* será un crédito contra la masa.

Ahora bien, aunque la argumentación del Tribunal resulta favorable a las pretensiones de la compradora *in bonis*, no se estima el recurso planteado, pues la parte no concursada debe considerarse «vinculada por su actuación dentro del concurso». En consecuencia, al haber obtenido el reconocimiento de su crédito como crédito concursal contingente, «en cuanto que dependía de una resolución del contrato», sin que esa calificación hubiera sido impugnada mediante el correspondiente incidente concursal, debe mantenerse, pues devino firme, ya que el único competente para modificarla era el juez que conocía del concurso.

## II. LAS NORMAS CONCURSALES RELATIVAS A LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS

### 1. LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE EL CONTRATO

En el Capítulo III, del Título III, de la Ley Concursal, se regulan los efectos del concurso de acreedores sobre los contratos (arts. 61 a 70). Dentro de estas normas, se distinguen especialmente las que establecen los efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas, que constituyen la mayor parte de los contratos del tráfico<sup>1</sup>.

Las disposiciones aplicables a los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 LC) parten del principio de vigencia de los contratos tras la apertura

del procedimiento<sup>2</sup>. Con arreglo a este principio, el contrato habrá de mantenerse en todos sus términos y no podrá resolverse por la declaración de concurso de cualquiera de los contratantes. Además, para garantizar la eficacia del principio de vigencia, la ley dispone 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» (art. 61.3 LC). Sin embargo, el contrato no puede permanecer inmune frente las exigencias y fines concursales. De ahí que, junto a la regla de la vigencia, las normas faculen al concursado intervenido o a la administración concursal, en caso de suspensión, para ejercer la resolución del contrato en interés del concurso, y a cualquiera de los contratantes, concursado o parte *in bonis*, para pedir la resolución por incumplimiento; sin perjuicio de que el juez pueda enervar la resolución y acordar el cumplimiento del contrato cuando lo considere conveniente para el interés del concurso.

Al mismo tiempo, la regulación deja a salvo aquellos supuestos especiales en los que las leyes contemplan la facultad de denuncia unilateral del contrato, o disponen la extinción del contrato en los casos de concurso de cualquiera de los contratantes, o bien permiten pactar expresamente esa extinción. Aunque la regulación parte de la vigencia del contrato tras la declaración del concurso, aquellas disposiciones legales que configuren el concurso como una causa de extinción del contrato o permitan la resolución *ad nutum* por cualquiera de las partes serían plenamente aplicables (v., art. 63 LC en relación con el art. 1732.3.º del Código Civil para el contrato de mandato, o 26.1-b LCA, para el contrato de agencia, o 279 CCom., para la comisión, entre otros).

En definitiva, el contrato con obligaciones recíprocas pendiente de cumplimiento por ambas partes se mantiene vigente tras la declaración de concurso siempre que no concurra un interés concursal que aconseje su resolución por el concursado o la administración concursal (art. 61 LC), y podrá resolverse por incumplimiento de cualquiera de las partes cuando el interés del concurso no exija que el juez acuerde el cumplimiento (art. 62 LC). Por tanto, la situación de los contratos tras la apertura del procedimiento se define en base al interés del concurso, y el legislador habría hecho prevalecer este interés sobre el interés particular de la contraparte *in bonis*<sup>3</sup>. Hay que tener presente, sin embargo, que los créditos derivados tanto del mantenimiento como de la resolución de los contratos son créditos contra la masa, lo cual supone una importante ventaja para la parte *in bonis*, que goza de un trato preferente frente al resto de acreedores concurrentes en el procedimiento (art. 84.2-6.º LC)<sup>4</sup>.

El régimen expuesto revela que, si bien la regla de la vigencia del contrato responde a las exigencias propias de un procedimiento que, en principio, «no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor» (v. Exp. de Mot. III, par. 4.º y art. 44 LC), y que manifiesta una clara preferencia por la solución convenida (v. Exp. de Mot. VI, par. 2.º y art. 100 LC) y por «la conservación de las empresas» (v. Exp. de Mot. VII, par. 5.º y art. 146 bis LC), también tiene como «finalidad esencial» la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente. En aras de esa finalidad, el juez podría acordar el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor y el cese o la suspensión, total o parcial, de su actividad empresarial (art. 44.4 LC), e incluso la división o la realización aislada de todos o alguno de los elementos que componen la masa activa, cuando resulte más conveniente a los intereses del concurso (v. Exp. de Mot. VII, par. 5.º)<sup>5</sup>.

## 2. LOS EFECTOS SOBRE LOS CRÉDITOS Y SOBRE LAS FACULTADES CONTRACTUALES DE LAS PARTES

El concurso despliega sus efectos no solo sobre el contrato, sino también sobre los créditos que del mismo se derivan y sobre las facultades contractuales de las partes. En este sentido, al formular el principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, la norma distingue, por un lado, «los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones»; y, por otro, los «contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte». Esta diferenciación en base al grado de ejecución del contrato tiene trascendencia tanto para la calificación de los créditos derivados del negocio, cuanto para las facultades contractuales que pueden ejercer las partes. En el primer caso, cuando el contrato ha sido totalmente ejecutado por uno de los contratantes, el crédito o la deuda a favor o a cargo del concursado se integrará, según proceda, en la masa activa o en la masa pasiva del concurso, y la parte *in bonis* cumplidora no podrá resolver el contrato<sup>6</sup>. En el segundo caso, cuando el contrato no ha sido totalmente ejecutado por ninguno de los contratantes, «las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa», y el contrato podrá resolverse en interés del concurso, ya sea por la administración concursal, en caso de suspensión, o por el concursado, en caso de intervención (art. 61.2-II LC), o bien a consecuencia del incumplimiento de cualquiera de las partes (art. 62.1 LC).

Respecto de los créditos que derivan del contrato, son créditos contra la masa tanto los que resulten de prestaciones a cargo del concursado por los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, cuanto los que deriven de las obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria —en interés del concurso— o por incumplimiento del concursado. El crédito contra la masa es un crédito preferente dentro del procedimiento concursal (art. 84 LC). Se trata de créditos que surgen para satisfacer las propias exigencias del procedimiento, por los gastos y costas procesales, las necesidades del deudor y del mantenimiento de la actividad profesional o empresarial, o bien porque el legislador ha atribuido al crédito esa condición. Por tanto, son créditos extraconcursoales, que no se integran en la lista de acreedores, no son objeto de reconocimiento ni de clasificación, no padecen los efectos que el procedimiento genera sobre los créditos concursales y no participan de la solución convenida o liquidatoria, ya que, por regla general, deben satisfacerse a sus respectivos vencimientos. Esa naturaleza especial del crédito contra la masa aparece en el ámbito de los contratos como la contrapartida adecuada ante el hecho de que el contrato se mantenga frente a la parte *in bonis* a pesar de las «incertidumbres» propias de la situación de insolvencia de la contraparte en concurso<sup>7</sup>. No obstante, la Ley Concursal contempla la posibilidad de que el crédito del contratante *in bonis* que resulte de prestaciones a cargo del concursado «en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso» (art. 84.2-6.º LC) se convierta en un crédito subordinado cuando «el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso» (art. 92.7.º LC).

En cuanto a las facultades contractuales que se reconocen a las partes, la singularidad de la resolución en interés del concurso o las especialidades que presenta la facultad de resolución por incumplimiento derivan de las exigencias que impone el proceso concursal. La resolución en interés del concurso es una

resolución de naturaleza «voluntaria», susceptible de producirse, aunque no concurra incumplimiento (v. art. 84.2-6.º LC). La resolución por incumplimiento, en cambio, si bien es manifestación de la facultad resolutoria que el Código Civil establece para los contratos bilaterales o con obligaciones recíprocas (art. 1124), exige para su ejercicio dentro del concurso la concurrencia de dos condiciones previas. La primera viene referida a la naturaleza del contrato, dado que la norma obliga a diferenciar los contratos de tracto único, como la compraventa, de los contratos de tracto sucesivo, como el suministro. Mientras que los primeros, una vez declarado el concurso, solo pueden resolverse por incumplimientos posteriores a la declaración; los segundos pueden resolverse tanto por incumplimientos anteriores como posteriores a la apertura del procedimiento concursal (art. 62.1 LC). La segunda condición requiere atender al interés del concurso, ya que «aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso» puede acordar el cumplimiento del contrato (art. 62.3 LC).

### 3. LA AFECCIÓN DEL CONTRATO EN BASE AL INTERÉS DEL CONCURSO

A nuestro modo de ver, atendida la configuración legal del principio de vigencia de los contratos, no puede afirmarse que los contratos con obligaciones recíprocas no se vean «afectados» por el concurso. Tanto el contrato como los créditos que del mismo se derivan y las facultades contractuales de las partes padecerán determinadas consecuencias en función de la naturaleza del negocio y del grado de ejecución de las obligaciones, así como en atención a las exigencias y fines concursales. Como otros elementos del activo concursal, los contratos deben dirigirse primordialmente a satisfacer las pretensiones de los acreedores de la mejor forma posible, ya sea mediante el convenio o la liquidación. De ahí que los efectos que despliega el concurso, especialmente la posibilidad de que el contrato se resuelva, aunque se esté cumpliendo de forma puntual y exacta, o bien se mantenga, aunque concurra una causa de resolución, solo pueden explicarse desde su funcionalidad para la consecución de los fines concursales encaminados a obtener la mayor satisfacción de los acreedores. Ahora bien, es posible que el legislador no haya tenido en cuenta el coste de priorizar el interés del concurso tal y como se articula en la regulación.

En principio, la facultad, atribuida al concursado o a la administración concursal, de resolver el contrato en interés del concurso, calificada como voluntaria, no tiene, sin embargo, carácter discrecional. Cuando al concurso interese la resolución el contrato, porque las ventajas que se obtendrían desde la perspectiva de la satisfacción de los acreedores concursales sean mayores si el contrato se resuelve que si se mantiene vigente, parece que debe pedirse la resolución, ya que, en otro caso, la masa activa se estaría gravando con créditos derivados de contratos pendientes que ya no interesan a los fines concursales o que pueden ser un obstáculo para la solución convenida o liquidatoria. Ahora bien, las consecuencias restitutorias e indemnizatorias derivadas de la resolución, con arreglo a la normativa, son créditos contra la masa, de modo que, los legitimados para ejercer esta acción habrán de valorar el coste, en términos de gravamen para la masa activa, que resulta de su ejercicio.

Asimismo, cuando el juez acuerde en interés del concurso el cumplimiento del contrato no obstante la concurrencia de una causa de resolución, la norma dispone que serán a cargo de la masa «las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado». Esta solución se ha entendido por gran parte de la

doctrina y por el Tribunal Supremo en el sentido de considerar a cargo de la masa tanto las prestaciones que eran debidas antes de la declaración de concurso, cuando el deudor aún no era concursado, como las debidas después, por el deudor-concursado. El fundamento de atribuir el carácter de créditos contra la masa a los créditos derivados de prestaciones a cargo del concursado cuando el juez enerve la resolución y acuerde el cumplimiento del contrato se encontraría en la propia reciprocidad contractual; y funcionaría como una «garantía para el derecho de la contraparte» *in bonis*, que se ve expropiada de su facultad de desligarse del contrato frente al incumplimiento del concursado. Ahora bien, la necesidad de asumir el pago de todos los créditos, en especial de toda la deuda anterior a la declaración de concurso, con cargo a la masa, podría condicionar las posibilidades de continuar con la actividad, la necesidad de obtener la mayor satisfacción de los acreedores mediante la solución convenida o liquidatoria y, en última instancia, podría supeditar el interés del concurso a la consecución de los intereses específicos del contratante *in bonis*<sup>8</sup>.

### III. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DEL CONCURSADO Y SUS EFECTOS

#### 1. LA REGULACIÓN CONCURSAL DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

Si entendemos que el concurso no supone la extinción del contrato y que este debe seguir cumpliéndose conforme a lo pactado, parece que, como una consecuencia lógica de la reciprocidad de las obligaciones, si uno de los contratantes no cumple, ya sea el concursado o la parte *in bonis*, el otro podría acudir a la facultad de resolución por incumplimiento (art. 62 LC en relación con el 1124 del Código Civil). En este sentido, el artículo 62 de la Ley Concursal establece que «la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos».

Desde el punto de vista sustantivo, la no afectación del concurso a la facultad resolutoria por incumplimiento en los contratos con obligaciones recíprocas solo concurre, como hemos visto, cuando el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, concursado y parte *in bonis*, de modo que la resolución no se admite cuando el contrato está pendiente de cumplimiento solo por un contratante. Además, la norma distingue entre los contratos de tracto único y los contratos de tracto sucesivo. Ambos podrían resolverse por incumplimiento de cualquiera de los contratantes posterior a la declaración de concurso, pero solo en los contratos de tracto sucesivo «la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso».

En cuanto a los requisitos procesales para ejercicio de la resolución por incumplimiento en el concurso, «la acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal». A estos efectos, la norma no distingue el supuesto de que la resolución proceda del contratante *in bonis* por incumplimiento del concursado, en el que nos encontraríamos ante una acción civil con trascendencia patrimonial que se dirige contra el patrimonio del concursado (art. 8-1.º LC), de aquella situación en la que la acción procede de la administración concursal, en caso de suspensión, o del concursado intervenido con autorización de la administración concursal (art. 54 LC), y se dirige contra el patrimonio de la parte *in bonis*; supuesto en el que, conforme a las reglas generales, no tendría competencia el juez del concurso, sino el juez de primera instancia. Por tanto, dado que la regulación no discrimina en función

de la parte que ejerza la acción por incumplimiento, habrá de entenderse que, en todo caso, ya se promueva la resolución por la parte *in bonis* o por la contraparte en concurso, el juez competente será el juez del concurso y el trámite será el incidente concursal (arts. 192 a 194 LC)<sup>9</sup>.

Por otra parte, puesto que estamos ante una acción resolutoria en sentido propio, para el éxito de la misma no es suficiente cualquier incumplimiento, sino que deberá tratarse de un incumplimiento grave y total, sobre obligaciones principales, y de entidad suficiente para frustrar la finalidad perseguida con el contrato<sup>10</sup>.

En última instancia, la resolución que se ejerce en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tras la declaración de concurso presenta un «requisito» adicional específico: la necesidad de que no concurra un interés del concurso favorable al cumplimiento del contrato. Del mismo modo que el artículo 61 de la Ley Concursal atribuye al concursado o a la administración concursal la facultad de resolver el contrato en interés del concurso no obstante la regla de la vigencia del contrato, el artículo 62 reconoce al juez del concurso la facultad de acordar el cumplimiento del contrato, aunque exista causa de resolución, en atención al interés del concurso (art. 62.3 LC). Así, aunque concurra un incumplimiento grave y esencial, susceptible de frustrar la finalidad perseguida con el negocio, el juez del concurso podrá enervar el ejercicio de la resolución por incumplimiento si estima que al interés del concurso conviene la continuación del contrato<sup>11</sup>.

## 2. LA SITUACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN EL CONCURSO

Desde una perspectiva concursal, interesa poner de relieve la configuración del contrato de compraventa como un contrato con obligaciones recíprocas y de tracto único<sup>12</sup>. En el supuesto enjuiciado por la Sentencia que comentamos se trataba, en concreto, de la compraventa de un inmueble con precio aplazado en la que ni el vendedor había entregado el bien en la fecha pactada, ni el comprador había pagado la totalidad del precio cuando se declara el concurso de la promotora-vendedora.

Según el Tribunal, el contrato se encontraba pendiente de cumplimiento por ambos contratantes al momento de la apertura del procedimiento concursal y, con arreglo a la normativa, la prestación a que venía obligado el concursado debía realizarse con cargo a la masa (art. 61.2-I LC). La administración concursal encontraría en el concurso un crédito a favor del comprador que habría de satisfacerse con cargo a la masa, el inmueble debía entregarse a la parte *in bonis* y, como contrapartida, en la masa activa se incluirían las cantidades entregadas a cuenta del precio. Aunque el cumplimiento no se llevó a cabo en el día pactado, al momento de declararse el concurso tampoco se había obrado en aras de la resolución del contrato y la ejecución de la prestación aún resultaba posible, de modo que la situación jurídica del deudor se correspondía con la mora. La perturbación del derecho de crédito se limitaba a la de un retraso cualificado que, en cualquier circunstancia, debe permitir al comprador que lo padece reclamar los daños y perjuicios derivados del retraso.

A nuestro modo de ver, los razonamientos del Tribunal son conformes con la regulación, si la declaración de concurso, por sí misma, no puede afectar a la vigencia del contrato, tampoco puede impedir que el cumplimiento íntegro tenga lugar una vez declarado el concurso, aunque esta posibilidad presuponga

el incumplimiento del contrato con anterioridad a la declaración de concurso. Así, a juicio del Tribunal, no cabe duda de que el incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso, aunque no se ejerciera la facultad resolutoria hasta mucho tiempo después, de modo que, al momento de la declaración de concurso, el contrato estaba aún pendiente de cumplimiento por ambos contratantes.

### 3. LA CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS DERIVADOS DEL CONTRATO

Ahora bien, en este supuesto, aunque el contrato se encuentre pendiente de cumplimiento por ambas partes, la cuestión de la calificación de los créditos que del mismo se derivan resulta controvertida.

En principio, la obligación de entrega de la vivienda debió cumplirse antes de la declaración de concurso, de modo que, en el momento de abrirse el procedimiento, esa obligación ya había vencido y ya se había producido el incumplimiento de la vendedora. Por tanto, según una posible interpretación, si tenemos en cuenta que la existencia del crédito concursal se vincula al vencimiento de la obligación<sup>13</sup>, en el momento de la declaración de concurso existiría un crédito vencido y exigible, que debería incluirse en la lista de acreedores y formaría parte de la masa pasiva del procedimiento. Un crédito concursal que, al tener por objeto una prestación no dineraria, debería computarse por el valor de la prestación en la fecha de la declaración de concurso (art. 88.3 LC)<sup>14</sup>.

Frente a ello, el Tribunal Supremo entiende que se trata de un contrato con obligaciones recíprocas pendiente de cumplimiento por ambas partes, en el que las prestaciones a cargo del concursado son créditos contra la masa. El vendedor mantendría su obligación de entrega de una cosa cierta y determinada, que habría de realizarse con cargo a la masa, y que, aunque sea susceptible de valoración económica, no debería computarse en el pasivo concursal. Los créditos contra la masa no se computan en la lista de acreedores. En este sentido, se ha afirmado que las reglas del cómputo de los créditos en dinero (art. 88 LC) no se aplican a los contratos pendientes de ejecución en el concurso, ya que la ley «ha establecido para ellos un régimen particular, reconociendo a la administración concursal un derecho de opción entre el cumplimiento y la resolución del contrato (art. 61)»<sup>15</sup>.

A nuestro modo de ver, si el contrato se entiende pendiente de cumplimiento por ambas partes y las prestaciones habrán de seguir el curso de su ejecución conforme a lo pactado, la protección que la norma otorga al acreedor *in bonis* (comprador) se cifra en la consideración del crédito como un crédito contra la masa que no estaría sujeto a convenio. La parte no concursada tendrá derecho a la prestación *in natura* o en su defecto al equivalente pecuniario. Y el crédito se vería reflejado en la relación separada de créditos contra la masa, que también habrá de acompañar el informe de la administración concursal (art. 94.4 LC)<sup>16</sup>, de modo que no puede decirse que el crédito no tiene reflejo en el concurso por el hecho de que no se refleje en la lista de acreedores. Ahora bien, por su propia naturaleza, esa relación de créditos contra la masa está expuesta a cambios continuos. Un claro ejemplo lo constituyen los créditos derivados de contratos que continúan en vigor tras la declaración de concurso. Estos créditos pueden verse modificados atendido el régimen especial aplicable a los contratos, que contempla la posibilidad de que el contrato se resuelva en interés del concurso o por incumplimiento.

Sin embargo, en el supuesto que comentamos, no se indica que la administración concursal considerara la existencia de un crédito contra la masa por la

entrega de la parcela, y la parte *in bonis* tampoco comunica en el concurso un crédito por la prestación insatisfecha, que se consideraba vencida y era exigible (esto es, la prestación de entrega de la parcela), sino un crédito por las cantidades entregadas a cuenta del precio<sup>17</sup>. La única explicación que puede encontrarse a esta actuación de los compradores en los contratos de compraventa a plazos pendientes de cumplimiento por ambas partes en los que se realizaron entregas a cuenta del precio, se encuentra en la necesidad del comprador de verse reconocido como acreedor en el procedimiento. El contratante *in bonis* tiene conciencia de que solo los reconocidos en la lista de acreedores por la administración concursal pueden participar de la solución convenida o liquidatoria, de modo que, el comprador teme la pérdida de las cantidades entregadas si no son reconocidas en el pasivo<sup>18</sup>. Ahora bien, el reconocimiento en el concurso de un crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio dependerá en todo caso de la suerte que corra el contrato en el procedimiento, de ahí que la administración concursal acuda a los supuestos especiales de los créditos contingentes. Si el concursado cumple con su obligación de entrega del inmueble, el comprador no podrá ser reconocido como acreedor en el procedimiento, sino que será deudor del pago del precio que reste. Solo si el concursado no cumple con su obligación de entrega del inmueble, podrá la parte *in bonis* pedir la resolución del contrato por incumplimiento y reclamar el crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio. No obstante, en este caso, la parte *in bonis* no podía acudir a la resolución, ya que, con arreglo a la normativa, esta posibilidad solo le asiste cuando el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso. Según el tenor literal del artículo 62.1, si el incumplimiento es anterior a la declaración de concurso no es posible el ejercicio de la resolución en los contratos de tracto único como la compraventa. Por consiguiente, en el supuesto enjuiciado, si no era posible instar la resolución (porque, como afirma el Tribunal, no cabe duda de que el incumplimiento es claramente anterior a la declaración de concurso) no puede hablarse de contingencia. Sin embargo, la administración concursal reconoce el crédito comunicado por las cantidades entregadas a cuenta del precio como crédito concursal contingente sin cuantía propia. Una calificación que, en modo alguno, resulta adecuada para esos créditos del comprador *in bonis*, ya que no pueden considerarse créditos sujetos a condición o litigio (art. 87.3). Por un lado, no parece que, en este caso, el crédito pueda entenderse como litigioso, ya que, al tiempo de la declaración de concurso, no consta contienda alguna que deba solucionarse durante la tramitación del procedimiento. Por otro, podría pensarse que la justificación de ese reconocimiento del crédito se halla en el hecho de asimilarlo a los créditos sometidos a condición suspensiva, en la medida en que la existencia del crédito no es segura, pues dependía del incumplimiento de la obligación de entrega del inmueble y, en concreto, de la resolución del contrato<sup>19</sup>. Pero, con independencia del hecho de que en este caso no fuera admisible la resolución, no creemos que constituya una condición lo que simplemente es una consecuencia derivada del incumplimiento de la obligación, que depende de la voluntad del deudor<sup>20</sup>.

#### 4. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN EL CONCURSO

Si, en el ámbito del Derecho privado, la compraventa, tanto al contado como a plazos, se configura como un contrato de tracto único, cuando se encuentre pendiente de cumplimiento por ambas partes (porque ni el vendedor entregó

el bien ni el comprador pagó el precio), podrá resolverse por incumplimientos posteriores a la declaración de concurso, pero no por incumplimientos anteriores. Esta es la interpretación del Tribunal Supremo cuando afirma que, después de la declaración de concurso, «la parte *in bonis* en un contrato de tracto único tan solo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso; [...] [C]onsiguientemente, cuando el incumplimiento sea anterior a la declaración de concurso, no cabrá instar la resolución del contrato de tracto único»<sup>21</sup>. No obstante, esta postura no es pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia<sup>22</sup>.

En la Sentencia que comentamos, el Tribunal no aborda el tema, pues «la procedencia de la resolución del contrato resulta incontrovertida», y considera que su decisión debe limitarse únicamente a la contienda en torno a los efectos derivados de la resolución. Sin embargo, en sus argumentos *obiter dicta*, insiste en el hecho de que el incumplimiento de la vendedora es anterior a la apertura del procedimiento, y aprovecha para señalar que, en supuestos semejantes, cuando el incumplimiento es anterior a la declaración de concurso y no se ejerce la resolución, la conclusión es que no sería posible hacerlo después.

Aunque el debate sobre la procedencia de la resolución del contrato por incumplimiento no llega a plantearse, en los contratos de tracto único, como la compraventa, ese debate se contrae a la determinación del momento en que se produce el incumplimiento. En este supuesto, ese momento habría de coincidir, según el Tribunal, con la fecha establecida en el contrato para el cumplimiento de la obligación de entrega de la parcela por parte de la vendedora, anterior a la declaración de concurso —en 2006—. Posteriormente, la ejecución de la garantía hipotecaria que gravaba la parcela, aunque permita constatar la imposibilidad de cumplimiento, no origina el incumplimiento, si bien hasta entonces la obligación estaba pendiente de ser cumplida y la vendedora se encontraba en situación de mora.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, en las circunstancias descritas, el deudor no cumple en plazo, pero el término de cumplimiento no podía entenderse «esencial», pues se produce un estado de mora, de modo que solo después, cuando la obligación se hace sobrevenidamente imposible, puede hablarse de incumplimiento definitivo<sup>23</sup>. Y si entendemos que el incumplimiento resolutorio que contempla la Ley Concursal debe tener el carácter de incumplimiento definitivo, grave y esencial, sería posible concluir que en el caso que nos ocupa ese incumplimiento no fue anterior sino posterior al concurso. Inicialmente, los hechos apuntan a un supuesto de retraso no resolutorio. El término no era esencial y el comprador habría admitido una entrega tardía, pero puede constituir en mora al vendedor, mediante la correspondiente interpelación, y reclamar los daños derivados del retraso. En términos del artículo 1124 del Código Civil, el perjudicado ha optado por el cumplimiento porque todavía era posible y susceptible de satisfacer su interés. Cuando vencida y exigible la obligación de entrega el vendedor no cumple (septiembre de 2006), el comprador ya podía pedir la resolución, pero opta por esperar un cumplimiento tardío, que se prolonga hasta el momento de la frustración del fin del negocio con la imposibilidad de la prestación (la resolución se comunica en febrero de 2012). En estas circunstancias, habrían concurrido hasta tres manifestaciones posibles del incumplimiento: aquel que se conecta al término señalado para cumplir, aquel que se conecta al retraso intolerable para el acreedor y aquel que se conecta a la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Pues bien, parece que solo en el tercer estadio, con la frustración del fin perseguido por el negocio, el incumplimiento habría tenido para el acreedor la

suficiente gravedad y relevancia para convertirse en resolutorio. Por tanto, en este caso concreto, el incumplimiento relevante para la resolución concursal que debe tomarse en consideración es el incumplimiento definitivo que viene conectado a la imposibilidad sobrevenida de la prestación, con la cesación de la situación de incertidumbre sobre el cumplimiento posterior del deudor<sup>24</sup>.

5. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN EN LOS CONTRATOS DE TRACTO ÚNICO COMO LA COMPRAVENTA

La decisión del Tribunal se contrae a los efectos de la resolución por incumplimiento, que deben ser los previstos en la norma específica. El artículo 62.4 de la Ley Concursal establece los efectos liberatorios de la resolución, al considerar extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. A continuación, recoge una regla de liquidación, al distinguir dentro de las obligaciones vencidas, según que el incumplimiento del concursado fuera anterior o posterior a la declaración de concurso. En el primer caso, «se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales», es decir, será concursal el crédito por la contraprestación a favor de la parte *in bonis* cumplidora. En el segundo caso, cuando el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso, «el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa», esto es, será crédito contra la masa el crédito por la contraprestación a favor de la parte *in bonis* cumplidora. Por último, la norma mantiene que, tanto en uno como en otro caso, «el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda».

El precepto, de alcance limitado (dado que solo contempla la situación de incumplimiento del concursado anterior o posterior a la declaración de concurso, y no se plantea el incumplimiento de la parte *in bonis* o una situación de incumplimiento continuado, anterior y posterior a la declaración de concurso), regula únicamente los efectos de la resolución en los contratos de tracto sucesivo<sup>25</sup>. Como pone de manifiesto el Tribunal en la resolución que comentamos, los efectos de la resolución recogidos por la norma son liberatorios, liquidatorios y, en su caso, indemnizatorios, pero no restitutorios. Y es que, a su modo de ver, no tiene sentido una eficacia restitutoria y *ex tunc* de la resolución, cuando estamos ante contratos que generan obligaciones periódicas que se van satisfaciendo recíprocamente. Cuando el contrato de tracto sucesivo se resuelve, las partes se liberan de las obligaciones recíprocas pendientes de vencimiento, en tanto que, respecto de las obligaciones vencidas, la relación debe liquidarse. La parte *in bonis* cumplidora tendrá un derecho de crédito por la contraprestación insatisfecha en cada incumplimiento de la concursada. El acreedor que no ha obtenido la contraprestación no dispone de un derecho de crédito a la restitución de la prestación que realizó y quedó sin contrapartida, sino de un derecho de crédito por la contraprestación incumplida a cargo del concursado. De ahí que la ley atribuya a ese derecho de crédito una calificación diferente según que el incumplimiento del concursado se sitúe antes o después de la declaración de concurso. En el primer caso, el crédito de la parte *in bonis* es concursal. En el segundo caso, debe satisfacerse con cargo a la masa<sup>26</sup>.

Ahora bien, para el Tribunal, el hecho de que el efecto restitutorio —propio de la resolución en los contratos de tracto único, como la compraventa— no venga expresamente previsto en la Ley Concursal, «no significa que no resulte de aplicación en caso de resolución por incumplimiento contractual del con-

cursado». No se trataría solo de un efecto «connatural al carácter recíproco de las obligaciones», sino que, además, se acomodaría mejor a la previsión contenida en el artículo 61.2 de la Ley Concursal que, «califica como crédito contra la masa la obligación pendiente de cumplimiento de la concursada». En consecuencia, «al margen de si debía o no resolverse el contrato, porque el incumplimiento era anterior, si se resuelve, el efecto restitutorio se aplica indistintamente a todos los contratos y el crédito restitutorio de la parte *in bonis* es contra la masa».

A nuestro modo de ver, el Tribunal adopta una perspectiva contractual, en la que la prestación a cargo de ambas partes en el contrato se configura como objeto unitario de una sola obligación, ya se ejecute en una o varias veces. En tales circunstancias, si uno de los obligados no cumple el otro debe poder liberarse de su obligación y, en todo caso, retornar a la situación anterior al incumplimiento. Dado que en estos contratos no cabe fraccionar el cumplimiento y, por ende, el incumplimiento, y que declarado el concurso el crédito de la parte no concursada constituía un crédito contra la masa, una vez resuelto el contrato, el crédito resultante será igualmente un crédito contra la masa. Por tanto, cuando el contrato de compraventa se resuelva por incumplimiento del concursado, el efecto restitutorio que debe aplicarse «indistintamente» a todos los contratos de tracto único originará un crédito contra la masa<sup>27</sup>.

El Tribunal comparte la opinión de la doctrina más autorizada que, en ausencia de una norma expresa que limite la eficacia de la resolución por incumplimiento para los contratos de tracto único en el concurso, entiende que producirá los efectos que le son propios, ya se le atribuyan efectos retroactivos reales o meramente obligacionales. En este sentido, la resolución por incumplimiento de un contrato de tracto único en el concurso de acreedores genera una situación similar a la que se origina cuando se ejercitan acciones de reintegración de la masa (art. 73): la Sentencia debe declarar la resolución y condenar a la restitución de las prestaciones ejecutadas, de modo que «el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa»<sup>28</sup>.

Frente a ello, se observa que, así como en el apartado primero del artículo 62 de la Ley Concursal se toma en consideración la diferencia entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo, el apartado 4 no tiene en cuenta esa distinción, de modo que los efectos que allí se contemplan deben aplicarse a ambas categorías de contratos. Además, la razón de esa falta de diferenciación podría hallarse en el hecho de que, desde el punto de vista funcional, los acreedores que han cumplido frente al concursado incumplidor son por esencia los acreedores concursales, que deben buscar su satisfacción en clave de convenio o de liquidación. Por consiguiente, el hecho de que la norma no aluda a la restitución no significa que la descarte cuando, como afirma el Tribunal, se trata de un efecto consustancial a la resolución de los contratos bilaterales o con obligaciones recíprocas. En este sentido, el precepto permitiría entender que, acordada la resolución, si el incumplimiento de la vendedora fue anterior a la declaración de concurso, el crédito de la compradora por la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio, será un crédito concursal; en tanto que, si el incumplimiento sobrevino una vez declarado el concurso, será un crédito contra la masa<sup>29</sup>. No obstante, esta solución es cuestionable desde una perspectiva estrictamente contractual, ya que la calificación de ese crédito restitutorio como concursal no permite una verdadera restitución, pues solo se produce en los límites del convenio o de la liquidación<sup>30</sup>.

6. LA DESESTIMACIÓN DEL RECURSO: LA VINCULACIÓN DE LA PARTE *IN BONIS* AL CONCURSO Y AL CONVENIO

Aunque la calificación del crédito por la restitución del precio como crédito contra la masa coincide con la tesis de la parte recurrente *in bonis*, el recurso es desestimado. El Tribunal considera que la parte *in bonis* debe quedar vinculada por su actuación dentro del concurso y, en concreto, por el hecho de que su crédito por las cantidades entregadas a cuenta del precio fue comunicado, reconocido y clasificado como crédito concursal contingente; calificación que, al no ser impugnada, devino firme, condicionando el resultado de la acción ejercitada<sup>31</sup>.

Ahora bien, tras estos razonamientos del Tribunal subyace —mas no llega a plantearse— la problemática de una resolución que se ejerce una vez aprobado el convenio. Con la aprobación del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso (art. 133 LC) y se generan efectos novatorios sobre todos los créditos comprendidos en su ámbito subjetivo de aplicación (art. 136 LC). Atendida esa eficacia novatoria, sería dudosa la posibilidad de ejercicio de la resolución y, en todo caso, ejercida la resolución, surgiría el problema de la calificación de un crédito restitutorio que no podría calificarse como concursal ni como crédito contra la masa<sup>32</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

I. La Ley Concursal no regula las consecuencias restitutorias de la resolución por incumplimiento en los contratos con obligaciones recíprocas y de tracto único como la compraventa.

II. La restitución de las prestaciones es un efecto consustancial a la resolución en los contratos con obligaciones recíprocas aun cuando la resolución se ejerza en el seno del concurso de acreedores.

III. Si el contrato de compraventa pendiente de cumplimiento por ambas partes cuando se declara el concurso se resuelve por incumplimiento de la vendedora concursada, ya sea ese incumplimiento anterior o posterior a la apertura del procedimiento, el crédito por la restitución de las cantidades entregadas por el comprador *in bonis* a cuenta del precio será, en todo caso, un crédito contra la masa.

IV. La parte *in bonis* en un contrato con obligaciones recíprocas estará vinculada por su actuación dentro del procedimiento y, si no impugna la lista de acreedores, deberá estar y pasar por la calificación atribuida a su crédito.

#### V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

##### TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 11 de octubre de 2011
- STS de 9 de abril de 2013
- STS de 13 de noviembre de 2013
- STS de 24 de julio de 2013
- STS de 25 de julio de 2013
- STS de 22 de julio de 2014
- STS de 26 de marzo de 2015

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN SANCHO, M. (2014). Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores, *ADCo*, núm. 32, 285-325.
- BELTRÁN, E. (2004). Artículo 84. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán, E., dir.). Madrid: Civitas, 1492-1524.
- (2012). Créditos contra la masa. *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Beltrán, E., García-Cruces, J.A., dirs.). Pamplona: Aranzadi, 877-899.
- BERMEJO, N. (2004). Artículos 87 y 88. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán, E., dir.). Madrid: Civitas, p. 1559-1595.
- BONARDELL LENZANO, R. (2006). *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARRASCO, A. (2015). Tres estudios sobre resolución contractual y concurso. *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (Rojo, A., Campuzano, A.B.). Valencia: Tirant lo Blanch, 1813-1843.
- (2010). Derecho de contratos. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- (2009). [http://www.gomezacebopombo.com, media, k2, attachments, concurso\\_de\\_la\\_inmobiliaria\\_promotora\\_y\\_situacion\\_concursal\\_de\\_los\\_contratos\\_de\\_compraventa\\_de\\_vivienda\\_con\\_precio\\_adelantado.pdf](http://www.gomezacebopombo.com, media, k2, attachments, concurso_de_la_inmobiliaria_promotora_y_situacion_concursal_de_los_contratos_de_compraventa_de_vivienda_con_precio_adelantado.pdf)
- CLEMENTE, M. (2007). Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio. *ADCo*, núm. 10, 203-228.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. (2013). *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Barcelona: Bosch.
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2004). Artículos 61 y 62. *Comentarios a la Ley Concursal* (Bercovitz, R., coord.). Madrid: Tecnos, 669-717.
- GARRIDO, J. M. (2004). Artículo 94. Estructura y contenido. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán, E., dir.). Madrid: Civitas, 1681-1698.
- GÓMEZ MENDOZA, M. (2004). Artículos 61 y 62. *Comentarios a la legislación concursal* (Sánchez Calero, Guilarte Gutiérrez, dirs.), Valladolid: Lex Nova, 1139-1179.
- (2005). Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2787-2828.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2013). Eficacia del contrato. *Tratado de contratos* (Bercovitz, R., dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 1305-1351.
- MADRAZO, J. (2013). Los efectos del concurso sobre los contratos. *Tratado de contratos* (Bercovitz, R., dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 1197-1228.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004). Artículos 61 y 62. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán, E., dir.). Madrid: Civitas, 1117-1188.
- (2008). Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento, *ADCo*, núm. 13, 57-114.
- MARTÍNEZ ROSADO, J. (2005). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22, 2003, de 9 de julio, Concursal). *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2949-2974.
- MONSERRAT, A. (2008). Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales. *ADCo*, núm. 14, 71-120.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2010). *Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- ROJO/BELTRÁN. (2013). *Legislación y jurisprudencia concursales*. Pamplona: Aranzadi.
- SALELLES, J. R. (2005). La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: consideraciones sobre el régimen establecido en el artículo 61 de la Ley Concursal. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 3155-3193.
- SALINAS, C. (2011). Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos. *ADCo*, núm. 24, 99-135.
- SÁNCHEZ PAREDES, M. L. (2009). Los contratos bilaterales pendientes en el concurso. *ADCo*, núm. 18, 423-473.
- (2012). Contratos y concurso. *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Beltrán, E., García-Cruces, J.A., dirs.). Pamplona: Aranzadi, 713-730.
- (2016). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (Campuzano, A.B., Sanjuán y Muñoz, E., dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch, 473-505.

## NOTAS

<sup>1</sup> La razón por la que esta categoría contractual merece un tratamiento específico dentro del procedimiento concursal deriva de que, en el Derecho privado, se establece un sistema de tutela del contratante cumplidor que se funda en la excepción de incumplimiento contractual o de cumplimiento defectuoso y en la facultad de resolución por incumplimiento. Por la primera, el contratante al que se exige el cumplimiento conforme a lo pactado puede oponerse a la demanda alegando la falta de cumplimiento de la contraparte o el cumplimiento defectuoso de la prestación (arg. ex arts. 1466 y 1467 del Código Civil). Por la segunda, en caso de que uno de los obligados con carácter recíproco no cumpliera lo que le incumbe, la contraparte cumplidora, «podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos» (art. 1124 del Código Civil). La posibilidad de ejercicio de estos mecanismos de tutela en el seno del procedimiento concursal se enfrenta con los principios y reglas concursales, que imponen el sometimiento de todos los acreedores al concurso. Ante la falta de cumplimiento del concursado, el contratante dispuesto a cumplir podría, o bien obtener un cumplimiento íntegro conforme a lo pactado, o bien resolver el contrato y liberarse de su obligación o conseguir la restitución de la prestación ejecutada por su parte. Mientras que los demás acreedores del concursado están sujetos al procedimiento y a la solución convenida o liquidatoria, la parte *in bonis* en un contrato con obligaciones recíprocas podría colocarse al margen del procedimiento concursal o privar al concurso de un elemento del activo patrimonial necesario para la consecución de los fines concursales.

Por otro lado, si frente a esos mecanismos de tutela propios de los contratos con obligaciones recíprocas se imponen los principios concursales, se acabaría con la reciprocidad característica de la contratación, ya que la parte *in bonis*, a cambio del cumplimiento íntegro de su prestación, solo podría aspirar a un cumplimiento en moneda concursal, en los límites del convenio o de la liquidación.

Se enfrentan así, el interés del concurso y el interés del contratante *in bonis* en esta categoría de contratos, pues, una vez abierto el procedimiento, el contrato no se resuelve en un crédito a favor del concurso, que incrementa la masa activa, o una deuda en su contra, que incrementa la masa pasiva, sino que el crédito a favor del concursado tiene como contrapartida una obligación a su cargo, y el incremento de la masa activa supone un correlativo incremento de la masa pasiva. Si el concurso quiere la prestación a cargo de la contraparte *in bonis* deberá cumplir conforme a lo pactado la prestación a cargo del concursado. V. ANTÓN SANCHO, M. (2014). Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores, *ADCo*, núm. 32, pp. 287 y sigs.; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2010). Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales. Valencia: Tirant lo

Blanch, p. 28. También, SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2016). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (Campuzano, A.B., Sanjuán y Muñoz, E., dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 478 y 479.

<sup>2</sup> Es decir, «como regla general, debe entenderse que todos los contratos siguen en vigor, aunque se hubiera declarado el concurso», v. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. (2013). *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Barcelona: Bosch, p. 27; también, MARTÍNEZ FLOREZ, A. (2004). Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán. E., dir.). Madrid: Civitas, p. 1121; SALELLES, J. R. (2005). La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: consideraciones sobre el régimen establecido en el artículo 61 de la Ley Concursal. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, p. 3165; MARTÍNEZ ROSADO, J. (2005). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22, 2003, de 9 de julio, Concursal). *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, p. 2957; BONARDELL LENZANO, R. (2006). *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 60; MONSERRAT, A. (2008). Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales. *ADCo*, núm. 14, p. 85; SALINAS, C. (2011). Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos. *ADCo*, núm. 24, p. 103; y SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2016). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, p. 484.

<sup>3</sup> V. GARCÍA VICENTE, J. R. (2004). Artículos 61 y 62. *Comentarios a la Ley Concursal* (Bercovitz, R., coord.). Madrid: Tecnos, p. 672; también, MADRAZO, J. (2013). Los efectos del concurso sobre los contratos. *Tratado de contratos* (Bercovitz, R., dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1198; y SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2016). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, p. 480.

<sup>4</sup> En este sentido BELTRÁN (2012) afirmaba que «[L]os créditos contra la masa —a diferencia de los concursales— no se someten a las exigencias del concurso de acreedores, sino que disfrutan de un tratamiento autónomo por lo que se refiere al modo y al tiempo de pago. No se trata, en efecto, de una simple prioridad temporal en el pago de los créditos contra la masa respecto del reparto del activo resultante de la liquidación, sino de una *satisfacción ordinaria*, al margen del concurso, que permite que los créditos contra la masa hayan de ser satisfechos incluso antes de que se abra la fase de liquidación del activo o de que se apruebe el convenio», v. Créditos contra la masa. *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Beltrán, E., García-Cruces, J.A., dirs.). Pamplona: Aranzadi, p. 892.

<sup>5</sup> Los contratos, en cuanto elementos del activo patrimonial, estarán sujetos a la satisfacción de los acreedores, y deberán valorarse en aras de su funcionalidad para la consecución de los fines del concurso. V. MARTÍNEZ FLOREZ, A. (2004). Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, *cit.*, p. 1143; GÓMEZ MENDOZA, M. (2005). Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, p. 2788; y SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2016). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, p. 485 y 486; y (2012). Contratos y concurso. *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Beltrán, E., García-Cruces, J.A., dirs.). Pamplona: Aranzadi, pp. 717 y 718.

Al respecto, hay que tener en cuenta que las últimas reformas concursales, especialmente la debida al Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, convalidado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, se manifiestan resueltamente encaminadas a favorecer el mantenimiento de la actividad y de la empresa. Con este fin, se superan algunos de los límites y prohibiciones que afectaban al convenio concursal en la redacción originaria de la ley; aunque, es en el ámbito preconcursal, y al objeto de flexibilizar el régimen de los convenios preconcursales, donde mayor incidencia han tenido las reformas, dirigidas a favorecer y procurar la continuidad de las empresas económicamente viables (v. Preámbulo del Real Decreto-ley 11/2014).

<sup>6</sup> El artículo 62 de la Ley Concursal dispone que «[L]a declaración de concurso *no afectará* a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes»; y el apartado 2 del artículo 61 se refiere a «los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimien-

to tanto a cargo del concursado como de la otra parte». De ahí que, cuando se trate de un contrato del apartado 1 del artículo 61, en los que solo una parte queda obligada, porque la otra ha cumplido íntegramente sus obligaciones, la declaración de concurso *afectará a la facultad de resolución de los contratos*, y la contraparte *in bonis* cumplidora no podrá pedir la resolución del contrato por incumplimiento de la concursada.

En cuanto a la resolución del contrato en interés del concurso, también se regula como una facultad atribuida al concursado o a la administración concursal en los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes (art. 61.2 I y II LC). Por tanto, cuando el contrato está pendiente de cumplimiento solo por un contratante no podría ejercerse esta facultad. Si el que cumplió es el concursado, y el contrato está pendiente de cumplimiento por la parte *in bonis*, lo que se ejercerá por el concursado intervenido o la administración concursal —considerando evidentemente el interés del concurso— es la facultad de pedir el cumplimiento o la resolución del contrato por incumplimiento, con indemnización de daños e intereses en ambos casos. Y si el que cumplió fue el contratante *in bonis* y el contrato solo está pendiente de cumplimiento por el concursado, el contratante cumplidor no podrá acudir ni a la resolución por incumplimiento, ni a la resolución que se ejerce en *interés del concurso*. El artículo 61.1 de la Ley Concursal no contempla otra solución para el contratante *in bonis* que ha cumplido íntegramente la prestación a su cargo cuando se declara el concurso, que la de considerar su crédito como concursal, sujeto a comunicación, reconocimiento y clasificación en la lista de acreedores, por lo que integrará la masa pasiva del procedimiento.

En relación con la imposibilidad de resolver por incumplimiento los contratos cumplidos por una de las partes cuando se declara el concurso, v., especialmente, MARTÍNEZ FLOREZ, A. (2008). Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento, *ADCo*, núm. 13, pp. 59 a 65.

Por su parte, el Tribunal Supremo considera que los únicos contratos susceptibles de ser resueltos en interés del concurso o por incumplimiento, son los que presentan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, v. SSTs 11.10.2011 y 9.4.2013, la primera puede encontrarse reseñada en el *ADCo*, núm. 26, pp. 578 y 579; la segunda, en el *ADCo*, núm. 31, pp. 582 a 584. V., también, la jurisprudencia reseñada en ROJO/BELTRÁN. (2013). *Legislación y jurisprudencia concursales*. Pamplona: Aranzadi, p. 188.

<sup>7</sup> Así, BELTRÁN (2004) consideraba que «el contrato concluido por el deudor —más tarde concursado— se convierte en un contrato de masa, que deberá ser cumplido ordinariamente durante el concurso tanto por el deudor, con cargo a la masa, como por la contraparte» v. Artículo 84. Créditos concursales y créditos contra la masa. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán. E., dir.). Madrid: Civitas, p. 1519

<sup>8</sup> V. SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2016). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, pp. 493 y 499-500.

<sup>9</sup> V. SÁNCHEZ PAREDES, M.L. (2016). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, p. 496.

<sup>10</sup> V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004). Artículo 62. Resolución por incumplimiento. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán. E., dir.). Madrid: Civitas, pp. 1165 y 1166. También, en relación con la configuración del incumplimiento resolutorio por el Tribunal Supremo, STS de 13 de noviembre de 2013 [Resolución de 1217/2011].

<sup>11</sup> Precisamente, la STS de 22 de julio de 2014 [Recurso 2278/2012], en relación con contratos de compraventa de inmuebles en los que se demanda la resolución por incumplimiento, entiende que la Ley Concursal confiere al juez del concurso «la potestad para desestimar las pretensiones resolutorias de la relación contractual deducidas por los contratantes perjudicados por el incumplimiento, [...] pese a que, de no exigirlo el interés del concurso, las mismas deberían ser estimadas». A juicio del Tribunal, el ejercicio de esa potestad, dirigida a persistir en el cumplimiento (y no totalmente extraña al 1124 del Código Civil), implica la exigencia de un nuevo requisito para el éxito de la acción resolutoria, v., la reseña, en el *ADCo*, núm. 35, pp. 341 y 342.

<sup>12</sup> A la configuración de la compraventa como un contrato de tracto único alude la propia resolución que comentamos, con cita de la STS de 24 de julio de 2013, a la que puede añadirse otra de contenido análogo de 25 de julio de 2013, de la que es ponente también Ignacio Sancho Gargallo. V., la reseña de ambas, en el *ADCo*, núm. 31, pp. 600 a 603.

En la jurisprudencia se entiende de forma pacífica que la compraventa no deja de ser un contrato de tracto único por el hecho de que el precio se fraccione en diferentes plazos, v. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2013). *Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos*. Barcelona: Bosch, pp. 308 y 309.

<sup>13</sup> Son varios los preceptos que en la Ley Concursal avalan este criterio, así, el artículo 6.2-4.º que dispone, en relación a los documentos que deben acompañar la solicitud de concurso voluntario, la necesidad de expresar «el vencimiento de los respectivos créditos», y el artículo 94.2, referido a la estructura y contenido de la lista de acreedores, que contiene la exigencia de expresar el «vencimiento de los créditos reconocidos»; pero, también, el artículo 146, que establece «el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados». De ahí la importancia de consignar el vencimiento a la hora de determinar las cantidades que el deudor tiene derecho a percibir (arg. ex art. 159 LC). V. GARRIDO, J.M. (2004). Artículo 94. Estructura y contenido. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán. E., dir.). Madrid: Civitas, p. 1690.

<sup>14</sup> Este parece ser el sentido de las consideraciones de CARRASCO (2009), cuando afirma: «a pesar de que el contrato continúe, el deber de entrega de la vivienda es crédito ordinario y no concursal, pues no ha sido una obligación que venciera después de la fecha de la declaración de concurso», V. Concurso de la inmobiliaria promotora y situación concursal de los contratos de compraventa de vivienda con precio adelantado, [http://www.gomezacebopombo.com/media/k2/attachments/concurso\\_de\\_la\\_inmobiliaria\\_promotora\\_y\\_situacion\\_concursal\\_de\\_los\\_contratos\\_de\\_compraventa\\_de\\_vivienda\\_con\\_precio\\_adelantado.pdf](http://www.gomezacebopombo.com/media/k2/attachments/concurso_de_la_inmobiliaria_promotora_y_situacion_concursal_de_los_contratos_de_compraventa_de_vivienda_con_precio_adelantado.pdf), p. 2.

También, SALELLES (2005), al considerar la posibilidad de que el contrato incumplido en el momento de la declaración de concurso pueda cumplirse después, razona que, atendiendo a la posición jurídica de la parte no concursada, «las consecuencias pueden no ser muy diferentes de las establecidas en relación con el cumplimiento íntegro efectuado con anterioridad a aquel momento», es decir, crédito concursal concurrente, v. La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: consideraciones sobre el régimen establecido en el artículo 61 de la Ley Concursal, *cit.*, p. 3164.

<sup>15</sup> V. BERMEJO, N. (2004). Artículo 88. Cómputo de los créditos en dinero. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán. E., dir.). Madrid: Civitas, p. 1581.

Asimismo, el artículo 84.2-6.º LC, como hemos visto, considera créditos contra la masa los que resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.

En cambio, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2013). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, pp. 303 a 307, entiende que los créditos derivados de las obligaciones pendientes de las partes deberían verse reflejados en el concurso. Frente al criterio de la Junta de Jueces Mercantiles de Barcelona (acuerdo de 15 de julio de 2010), que en el caso de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes considera que «tales contratos no deberán tener reflejo alguno ni en el inventario (cantidad pendiente de pago por el comprador) ni en la lista de acreedores (obligación de entrega de la cosa, derecho de crédito del comprador), ya que el comprador ostenta un crédito contra la masa», en la práctica se habría puesto de relieve la necesidad de incluir en el pasivo el valor del inmueble como crédito concursal ordinario del comprador (art. 88.3 LC), y correlativamente en el activo, un derecho de crédito de la concursada por la parte del precio aplazado.

<sup>16</sup> Esa relación separada, donde se detallarán y cuantificarán los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, cumple la función esencial de informar a los acreedores y demás interesados sobre el coste del procedimiento concursal y, por tanto, sobre la situación de la masa activa, de modo que el criterio más lógico para la ordenación de los créditos es el de la fecha de vencimiento. V. GARRIDO, J.M. (2004). Artículo 94. Estructura y contenido, *cit.*, pp. 1697 y 1698. Y, especialmente, BELTRÁN, E. (2004). Artículo 84. Créditos concursales y créditos contra la masa, *cit.*, p. 1504.

<sup>17</sup> Esta sería la situación propia de un contrato celebrado antes de la declaración de concurso, en el cual la entrega estaba prevista también en una fecha anterior a la apertura

del procedimiento y que, ante el incumplimiento del vendedor, el comprador habría resuelto extrajudicialmente con anterioridad al concurso de acreedores del vendedor. En tal caso, el comprador debería comunicar su crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio más el interés legal y los correspondientes daños, que sería calificado como crédito concursal.

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ SEIJO (2013) afirma la necesidad de reflejar los contratos en la configuración de la masa activa y pasiva del concurso, dado que la solución contraria «da cierto vértigo sobre todo en aquellos supuestos en los que es previsible el incumplimiento o ese incumplimiento ya se ha producido de hecho», v. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, p. 320. Si bien, cuando el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, considera que «las expectativas de los compradores» que habrán de figurar en la masa pasiva, coinciden con el derecho a la entrega de cosa cierta y determinada que habrá de valorarse conforme a las reglas del artículo 88, *supra*, n. 15.

<sup>19</sup> V. BERMEJO, N. (2004). Artículo 87. Supuestos especiales de reconocimiento. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo, A., Beltrán. E., dir.). Madrid: Civitas, pp. 1566 y 1567. El crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio surgiría en el momento de la resolución del contrato y su cuantía se determinaría en atención a las cantidades entregadas a cuenta del precio hasta entonces, ya que el contrato debió seguir cumpliéndose por ambas partes conforme lo acordado.

<sup>20</sup> V. CARRASCO, A. (2010). *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 552 a 554.

<sup>21</sup> V., Sentencias citadas de 24 y 25 de julio de 2013, *supra*, n. 12.

<sup>22</sup> V., por todos, MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2008). Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento, *cit.*, pp. 66 a 72, quien entiende que no puede admitirse esa pretendida interpretación literal, no solo porque la norma no dice que los contratos de tracto único no puedan resolverse por incumplimientos anteriores —en realidad, solo aclara que, en los contratos de tracto sucesivo, la facultad resolutoria puede ejercerse también por incumplimientos anteriores—, sino porque, en supuestos como el que nos ocupa, cuando existe un incumplimiento previo al concurso y el contrato está pendiente de ejecución por ambas partes, «negar la posibilidad de resolver supondría dejar indefensa (y vinculada de forma indefinida) a la parte dispuesta a cumplir y que sufre el incumplimiento del otro contratante [...]». Además, semejante solución podría resultar perjudicial para los intereses del concurso. Dado que la parte concursada ha incumplido con anterioridad a la declaración de concurso, que el contrato no se ha resuelto por incumplimiento anterior, y que cuando se declara el concurso está pendiente de cumplimiento por ambas partes, si la parte concursada quisiera resolver en interés del concurso habría de hacer frente a unas consecuencias muy gravosas para la masa activa, el crédito por la restitución y los daños sería un crédito contra la masa (art. 61.2-II LC). Asimismo, si pretendiera liberarse de su obligación e incumpliera posteriormente con el fin de que la parte *in bonis* ejerciera la resolución por incumplimiento posterior, el crédito de la parte cumplidora por los daños derivados del incumplimiento sería un crédito con cargo a la masa. Por tanto, en tales circunstancias, lo más favorable para el interés del concurso sería que la parte *in bonis* pudiera ejercitar la resolución en base a ese incumplimiento anterior, ya que entonces la indemnización de los daños ocasionados por el incumplimiento que puede acompañar la resolución sería deuda concursal y no crédito contra la masa (arg. ex arts. 62.4 y 84.2-6.º, en concreto, este último precepto cuando atribuye el carácter de crédito contra la masa al crédito derivado de obligaciones de restitución e indemnización en caso de incumplimiento se refiere al *incumplimiento del concursado* «y no puede hablarse de incumplimiento por el concursado cuando el incumplimiento es anterior a la declaración de concurso»).

Más recientemente SEIJO (2013) afirmaba que «la práctica judicial se ha pronunciado mayoritariamente a favor de reconocer la posibilidad de resolver los contratos de compraventa con pago de precio aplazado en caso de incumplimiento del vendedor tanto antes como después de la declaración de concurso», v. Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, p. 312. Este es también el criterio seguido por los tribunales mercantiles y la audiencia provincial de Alicante, v. AA. VV. (2014). *Diez años de aplicación de*

la *Ley Concursal en Alicante*. Alicante: Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante, pp. 48 y sigs.

<sup>23</sup> V. CARRASCO, A. (2010). Derecho de contratos, *cit.*, p. 864.

<sup>24</sup> V. GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. (2013). Eficacia del contrato. *Tratado de contratos* (Bercovitz, R., dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1316.

<sup>25</sup> Esta es también la opinión de MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2008). Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento, *cit.*, p. 87.

<sup>26</sup> V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2008). Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento, *cit.*, pp. 72 y sigs., quien considera, además, que no puede descartarse totalmente una eficacia restitutoria de la resolución en los contratos de tracto sucesivo, aunque la regulación no la contemple, pp. 73 y 74. En su opinión, incluso parece coherente con la regulación que la norma no contemple una eficacia restitutoria para la resolución por incumplimiento en sede concursal. La situación del acreedor que cumplió antes de la declaración de concurso las prestaciones a su cargo y que no contó con la contrapartida del cumplimiento del concursado, es la que corresponde a la generalidad de los acreedores concursales, cuyo derecho de crédito a la contraprestación es anterior al concurso, pueda o no ese contratante ejercitar la resolución del contrato por incumplimiento del concursado. De ahí que el acreedor *in bonis*, frente al incumplimiento anterior del concursado, tenga un crédito concursal por la contraprestación insatisfecha y no por la restitución de lo que por su parte cumplió, que sería un derecho nuevo derivado de la resolución. Se evitarían también así los efectos retroactivos reales ligados a la resolución e incluso la necesidad de modificar la valoración del derecho del acreedor *in bonis* en el procedimiento, *ibidem*, pp. 75 a 77.

<sup>27</sup> En el mismo sentido, CLEMENTE, M. (2007). Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio. *ADCo*, núm. 10, pp. 215 y 216, considera que solo en los contratos de tracto sucesivo podrá ser concursal el crédito de restitución, ya que solo en estos contratos es posible la resolución por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso. En los contratos de tracto único, en los que solo cabe la resolución por incumplimientos posteriores, es decir, por incumplimiento de prestaciones a cargo de la masa, el crédito restitutorio derivado de la resolución solo puede ser un crédito contra la masa. Una solución que el autor aplica igualmente cuando el incumplimiento del concursado es anterior y posterior a la declaración de concurso, ya que solo los incumplimientos posteriores son relevantes y son de la masa.

<sup>28</sup> V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2008). Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento, *cit.*, p. 88.

<sup>29</sup> V. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2013). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, *cit.*, pp. 80 a 85.

<sup>30</sup> En este sentido MARTÍNEZ FLÓREZ afirma que supondría un enriquecimiento injusto de la masa, que no ha entregado nada, pero que tampoco restituye todo lo que recibió, v. Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento, *cit.*, p. 85.

<sup>31</sup> En términos semejantes, y también en relación con un contrato de compraventa de vivienda pendiente de cumplimiento por ambas partes, la STS de 26 de marzo de 2015, [Recurso 1348/2013], considera que la parte *in bonis* que no impugna la lista de acreedores ni ejerce la resolución del contrato por incumplimiento posterior de la concursada, se verá vinculado por el convenio, que nova las obligaciones.

<sup>32</sup> V. CARRASCO, A. (2015). Tres estudios sobre resolución contractual y concurso. *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum* (Rojo, A., Campuzano, A.B.). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1816, 1817 y 1819.