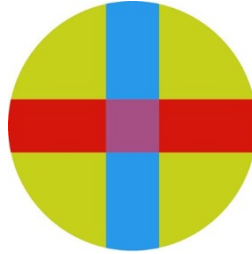


Universidad San Pablo CEU

Facultad de Derecho



LA VIGENCIA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN EL CONCURSO

Maria Luisa Sánchez Paredes

Codirectores:

Prof. Dr. Ángel Rojo Fernández-Río

Prof. Dr. Emilio Beltrán Sánchez

Madrid, a 17 de Octubre de 2012

LA VIGENCIA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN EL CONCURSO

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	5
1. EL DERECHO CONCURSAL COMO DERECHO «FUNCIONALMENTE» DIRIGIDO A LA SATISFACCIÓN DE LOS ACREEDORES Y LOS CONTRATOS PENDIENTES.....	9
2. EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL: EL CAMBIO LEGISLATIVO Y EL CRITERIO «FUNCIONAL» DE ACTUACIÓN LEGAL.- LA DISTRIBUCIÓN EFICIENTE Y EL INTERÉS DEL CONCURSO.....	16
3. LA REGULACIÓN CONCURSAL DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS, EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y EL CRITERIO FUNCIONAL DEL INTERÉS DEL CONCURSO.- LA REGLA GENERAL Y LOS SUPUESTOS ESPECIALES	22
II. DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS EN EL CONCURSO: EL CONFLICTO DE INTERESES ENTRE EL CONTRATANTE <i>IN BONIS</i> Y EL CONCURSADO	30
1. LAS SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO.....	37
1.1. <i>El Derecho italiano</i>	37
1.2. <i>El Derecho francés</i>	41
1.3. <i>El Derecho alemán</i>	47
1.4. <i>El análisis comparativo</i>	49
2. LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LA COMPRAVENTA.....	56
III. EL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA EN EL DERECHO CODIFICADO: EL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN CASO DE QUIEBRA DEL COMPRADOR	62
1. LAS SOLUCIONES DOCTRINALES EN DERECHO ESPAÑOL.....	64
2. LAS SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO	67
2.1. <i>Las soluciones doctrinales en los derechos latinos</i>	70
3. LA CRÍTICA A LA SOLUCIÓN DOCTRINAL FUNDADA EN LOS ARTÍCULOS 908 Y 909 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.....	78
3.1. <i>La doctrina en torno a las «reivindicatorias especiales de la quiebra»</i>	79
3.2. <i>La crítica a la doctrina de las «reivindicatorias especiales de la quiebra»</i>	84
3.3. <i>Las acciones de separación y la problemática de los contratos bilaterales pendientes</i>	95
3.3.1. El «título legal e irrevocable».....	98
3.3.2. La facultad de sustitución de la sindicatura	102
4. LA «REIVINDICATORIA ESPECIAL» DEL VENDEDOR AL CONTADO INSATISFECHO: SU FUNDAMENTACIÓN HISTÓRICA	107
4.1. <i>El Derecho romano</i>	108
4.1.1. La transmisión de la propiedad en Derecho justiniano y la exigencia del pago del precio en la compraventa	108
4.1.2. La doctrina en torno al requisito del pago del precio en las ventas al contado: los paralelismos con el sistema de transmisión de riesgos.....	114
4.1.3. Una propuesta interpretativa: la tutela del vendedor al contado insatisfecho	120
4.2. <i>El Derecho intermedio (del siglo XII a la codificación)</i>	124
4.2.1. La «reivindicatoria especial» en Italia y Francia	124
4.2.2. Los límites de la «reivindicatoria»: doctrina tradicional y teoría «garantista». La protección del tercero adquirente de buena fe.....	128
4.3. <i>La etapa codificadora</i>	131
4.3.1. El Derecho francés	131
4.3.2. El Derecho italiano.....	133
4.4. <i>La situación del Derecho español</i>	135
4.4.1. El Derecho común: desaparece la «reivindicatoria especial» y se regula el privilegio del vendedor de bienes muebles	135
4.4.2. El Derecho mercantil: la «reivindicación especial» del vendedor de bienes muebles al contado.....	141
a. El Derecho de las Ordenanzas Consulares.	141
b. El Derecho codificado.....	147
5. LA PROTECCIÓN DEL VENDEDOR A PLAZOS	150

5.1. La «reivindicación» de las mercancías en ruta.....	152
5.1.1. El «stoppage in transitu» del Derecho inglés.....	156
a. Requisitos y naturaleza del stoppage.....	158
5.2. El «derecho de retención»: la excepción de incumplimiento contractual.....	162
6. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS «GARANTÍAS» DEL VENDEDOR INSATISFECHO.....	166
6.1. Un «sistema de tutela» de carácter excepcional.....	166
6.2. La tutela del vendedor como un mecanismo de recuperación de la posesión.....	168
6.3. Las especialidades del derecho español: la recuperación de la facultad de suspensión de la ejecución frente a la quiebra.....	171
6.4. Las reglas deducibles del derecho codificado para los contratos pendientes: la excepción de incumplimiento contractual y la facultad de sustitución de la sindicatura. Las soluciones doctrinales.....	175

IV. LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS EN EL CONCURSO: EL CONTRATO DE COMPRAVENTA..... 184

1. LA SITUACIÓN DE RECIPROCIDAD QUE EXIGE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONCURSALES.- LA COMPRAVENTA COMO CONTRATO CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS. .	186
1.1. Los contratos bilaterales o sinalagmáticos.- De la doctrina tradicional causalista a la concepción del contrato con obligaciones correlativas.....	189
1.2. Las obligaciones recíprocas de restitución consecuencia del ejercicio de las acciones de invalidez e ineficacia.....	196
1.2.1. Las obligaciones de restitución consecuencia del ejercicio de las acciones de reintegración concursales.....	199
1.3. Los supuestos que quedan fuera de la normativa: los contratos plurilaterales y los contratos bilaterales imperfectos.....	204
2. LA SITUACIÓN DE CONCURSALIDAD: LA AFECCIÓN DEL CONTRATO AL CONCURSO.....	211
2.1. La afección de los bienes objeto del contrato: delimitación del patrimonio personal y del patrimonio concursal del deudor.- Los contratos sobre elementos del patrimonio personal del concursado.....	211
2.1.2. Los contratos sobre bienes afectos al concurso: los elementos activos y los elementos pasivos de la contratación. Los créditos concursales y los créditos contra la masa.....	216
2.2. Preexistencia y pendencia del contrato al momento de la declaración de concurso.....	219
2.2.1. Los contratos en formación.- Los tratos preliminares y la formación del consentimiento contractual.- Concurso del oferente y concurso del aceptante.- El requisito de la forma para la perfección del contrato.....	222
2.2.2. El precontrato.- La construcción teórica y el derecho codificado.- La soluciones de la Ley Concursal.- La promesa bilateral de compraventa.....	227

V. LOS SUPUESTOS DE PENDENCIA DEL CONTRATO: EL PRINCIPIO DE VIGENCIA DEL CONTRATO TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO..... 233

1. LA PREMISA DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.....	235
1.1. El cumplimiento de las obligaciones principales y el cumplimiento de las obligaciones accesorias: cumplimiento íntegro.....	236
1.2. El cumplimiento total y el cumplimiento parcial: los incumplimientos de escasa importancia.....	239
1.3. El cumplimiento de la obligación de entrega: las distintas modalidades de entrega.....	242
1.3.1. La obligación de poner a disposición.....	244
1.3.2. La obligación de expedir.....	245
1.4. La obligación de saneamiento.....	247
1.4.1. El contrato defectuosamente cumplido y el concurso de acreedores.....	252
1.4.2. Vicios e incumplimiento anterior a la declaración de concurso.....	256
1.5. La obligación de pago del precio.....	260
2. EL CONTRATO PENDIENTE DE EJECUCIÓN POR EL CONTRATANTE NO CONCURSADO.- LA SOLUCIÓN CONCURSAL ES CONFORME AL ESQUEMA CONTRACTUAL TÍPICO EN ORDEN AL CUMPLIMIENTO O LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.....	264
2.1. Las acciones contractuales dirigidas al cumplimiento o a la resolución del contrato en tramitación al momento de la declaración de concurso.....	270

3. EL CONTRATO PENDIENTE DE EJECUCIÓN POR EL CONTRATANTE CONCURSADO.- LA NORMA CONCURSAL Y LA PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO	273
3.1. <i>Configuración jurídica de la facultad de resolución por incumplimiento</i>	275
3.1.1. La culpa como requisito de la resolución	277
3.1.2. La configuración de la resolución en la jurisprudencia	279
3.1.3. La visión objetiva del artículo 1124 del Código Civil	281
3.1.4. Los efectos de la resolución	287
3.2. <i>Concurso e incumplimiento contractual: la resolución del contrato por el contratante in bonis que cumplió antes de la declaración de concurso</i>	291
4. LA VIGENCIA DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO POR AMBAS PARTES	301
4.1. LA «NOVEDAD» DE LA REGLA DE LA VIGENCIA DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS	303
4.2. EL FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE VIGENCIA DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS	307
4.3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE VIGENCIA DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS	309
4.4. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE VIGENCIA DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS	312
4.4.1. La influencia del concurso sobre el contrato: la «especialidad» de las normas concursales sustantivas y procesales	312
4.4.2. La aplicabilidad de las normas generales: la excepción de incumplimiento contractual	317
4.4.3. La «compatibilidad» del contrato con el concurso	321
4.4.4. La posibilidad de «modificar» el contrato: la actuación del órgano concursal sustituto.....	324
4.5. LAS CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO DE VIGENCIA	327
4.5.1. El cumplimiento tras el concurso: el contrato como contrato de masa	327
4.5.2. Los créditos anteriores y los créditos posteriores a la declaración de concurso.....	330
4.5.3. La calificación de los créditos anteriores y el problema de la insuficiencia de masa	337
4.5.4. La posibilidad de subordinar el crédito del contratante <i>in bonis</i>	340
4.5.5. La declaración de concurso no es causa de resolución del contrato: el artículo 61.3 de la Ley Concursal	346
a. La delimitación del precepto	349
c. Los problemas procesales del ejercicio de la denuncia unilateral por justa causa	353
d. El alcance de la delimitación negativa del precepto: las cláusulas resolutorias expresas	356
VI. CONCLUSIONES	359
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	364

I. INTRODUCCIÓN

La gran trascendencia del cambio legislativo que supuso la entrada en vigor de la Ley Concursal se debe a que se mantuvo vigente durante más de un siglo una normativa concursal altamente insatisfactoria. Ante las deficiencias del Derecho codificado, son numerosas las materias que la Ley Concursal regula por primera vez y a las que se da un tratamiento innovador en consonancia con las líneas de reforma del Derecho comparado. Entre las novedades legislativas destaca la regulación que la Ley ofrece de los efectos del concurso sobre los contratos, en concreto, la regulación general de los efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas. En este ámbito material, el conflicto de intereses deriva de las tensiones que se producen entre la tutela que proporciona un sistema concursal funcionalmente dirigido a la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente y los mecanismos de tutela que el Derecho privado establece a favor del acreedor en los contratos con obligaciones recíprocas, de los que la compraventa es el arquetipo legal.

El Derecho concursal codificado presentaba un conjunto de normas dispersas por el Ordenamiento que se ocupaban de los efectos de la quiebra y de la suspensión de pagos sobre determinados contratos, y que, en algún caso aislado, también hacían referencia al concurso de acreedores y al beneficio de quita y espera, sin que existiera una regulación general aplicable a los supuestos contractuales para los que no se preveía solución específica. Frente a ello, la Ley Concursal pretende ofrecer una regulación completa y acabada de los efectos del concurso sobre los contratos, mediante una regla general de cierre para los contratos con obligaciones recíprocas. Sin embargo, a nuestro modo de ver, la regulación dista de ser completa y se ha caracterizado por su falta de precisión.

Por una parte, la norma general, que prevé la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas tras la declaración de concurso de cualquiera de los contratantes (art. 61 LC), convive con las disposiciones específicas que en determinados supuestos establecen la posibilidad de denuncia unilateral del contrato (v. gr., comisión y agencia) y disponen o permiten pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales (v. gr., mandato y seguro). De ahí que no pueda afirmarse que la Ley Concursal contiene toda la normativa en materia de efectos del concurso sobre los contratos, ni siquiera respecto de contratos con obligaciones recíprocas (art. 63 LC).

Por otra, la regulación concursal en esta materia tampoco puede considerarse acabada, pues son muchas las cuestiones sin resolver o susceptibles de soluciones contradictorias. El legislador no ha delimitado convenientemente el alcance de la regla de la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas. En principio, solo prevé que las obligaciones del concursado se realicen con cargo a la masa y, si bien el contratante *in bonis* no puede resolver el contrato por la declaración de concurso de la otra parte, no está claro, sin embargo, que cuando existen incumplimientos del concursado anteriores a la declaración de concurso, se vea obligado a cumplir y no pueda hacer uso de la

excepción de incumplimiento contractual, suspendiendo su ejecución hasta que reciba el cumplimiento del concursado. Además, la norma no tiene carácter absoluto, pues la administración concursal o el propio concursado podrán promover la resolución del contrato atendiendo al interés del concurso, en cuyo caso se tratará de «compensar» al contratante *in bonis* considerando a cargo de la masa los créditos derivados de la resolución por la restitución y los daños (art. 61 LC).

Junto a la regla de la vigencia del contrato, la Ley Concursal recoge la posibilidad de ejercicio dentro del concurso de la facultad de resolución por incumplimiento (art. 62 LC). Sin embargo, establece una distinción entre contratos de tracto único y contratos de tracto sucesivo que no resulta del todo clara, ya que con respecto a los segundos prevé que puedan resolverse tanto por incumplimientos anteriores como posteriores a la declaración de concurso, mientras que los contratos de tracto único solo pueden resolverse por incumplimientos posteriores. El precepto establece también una regulación parcial de los efectos de la resolución, pues se refiere únicamente a las obligaciones pendientes de vencimiento y a las obligaciones vencidas cuando el incumplimiento es del concursado, y no contempla las situaciones de incumplimiento de la parte *in bonis*. Al mismo tiempo, el ejercicio de la facultad de resolución por incumplimiento de cualquiera de los contratantes se ve atemperado por las exigencias del procedimiento, al establecerse que aunque concurra causa de resolución el juez podrá acordar el cumplimiento del contrato en interés del concurso. Supuesto en el que tampoco está claro si el legislador ha tratado de «compensar» al contratante *in bonis* considerando a cargo de la masa todas las prestaciones que deba realizar el concursado o solo las posteriores a la declaración de concurso.

La litigiosidad que se viene generando al amparo de estas normas (arts. 61 a 63 LC) revela que las soluciones legales no están respondiendo a las exigencias que se plantean en el seno de los procedimientos concursales. La problemática parece originarse por el hecho de que el legislador parte de dos premisas notablemente distorsionadoras. Por un lado, en cuanto a la ejecución del contrato, distingue entre contratos pendientes de cumplimiento por uno solo de los contratantes y contratos pendientes de cumplimiento por ambos contratantes. Por otro, en cuanto a la naturaleza del contrato, distingue entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo. Sin embargo, las reglas concursales en torno a la vigencia del contrato y a la posibilidad de resolución por incumplimiento van referidas a los contratos pendientes de cumplimiento por ambos contratantes, y las soluciones legales parecen estar pensadas únicamente para los contratos de tracto sucesivo. Ello conduce a un sistema inarmónico difícil de conciliar con aquellas situaciones en las que el contrato es de tracto único o se encuentra pendiente de cumplimiento solo por un contratante. Además, a los problemas de interpretación que presentan las normas concursales se añaden las discusiones en torno a la naturaleza jurídica de determinados contratos en particular, que habrán de abordarse con carácter previo para poder determinar la situación del contrato en el procedimiento. No es fácil reconducir todos los esquemas contractuales susceptibles de originarse en la negociación a contratos de tracto único o de tracto sucesivo y, en ocasiones, resulta

difícil determinar cuándo el contrato ha sido totalmente cumplido por una parte y solo está pendiente de cumplimiento por la otra, o está pendiente de cumplimiento por ambas. De ahí que el análisis previo de la naturaleza del contrato y su grado de ejecución haga surgir muchas veces diferentes posiciones en torno a los efectos que el procedimiento genera sobre el mismo. Buen ejemplo de ello es la conocida divergencia que existe en la jurisprudencia en torno a las consecuencias del concurso sobre contratos como el *leasing* o los *swaps*.

Por otro lado, y desde un punto de vista comparado, parece que el Derecho español presenta una normativa novedosa. Frente al principio de vigencia y continuación de los contratos tras la declaración de concurso, en los Ordenamientos comparados se ha impuesto la facultad de opción a favor de los órganos del procedimiento. Esta facultad, que desde el Derecho alemán se ha generalizado por encima de las distintas concepciones de los procedimientos concursales, permite a los órganos del procedimiento sustituir al deudor en la contratación, cumpliendo con cargo a la masa las obligaciones derivadas del contrato, o desistir del negocio, atribuyendo a la contraparte un crédito concursal por los daños. No obstante, las diferencias entre esta solución y la prevista en la Ley Concursal se diluyen en gran medida cuando observamos que en esta última el contrato solo se mantiene si no concurre un interés concursal favorable a la resolución y, al mismo tiempo, solo podrá resolverse por incumplimiento si no concurre un interés concursal favorable a su mantenimiento, de modo que la decisión en torno al contrato se traslada a los órganos concursales, que deberán actuar conforme al criterio funcional del interés del concurso y decidir si mantienen el contrato o lo resuelven. Además, si la Ley Concursal española contiene una regla explícita que prevé la continuación del contrato tras la declaración de concurso, en todos los modelos comparados en los que se prevé aquella facultad de opción, la regla general implícita es la subsistencia de las relaciones jurídicas obligatorias, ya que solo así es posible el ejercicio de dicha facultad. Ello no significa que la normativa española en esta materia no presente notas particulares, como la posibilidad que se atribuye al juez del procedimiento de mantener el contrato, enervando la resolución por incumplimiento (art. 62.3 LC).

En definitiva, nuestra tesis tratará de poner de manifiesto las razones por las que la regulación de los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas contenida en la Ley Concursal ni es tan completa, ni está acabada, ni resulta tan novedosa como se pretende. Aunque la normativa conlleva, sin ninguna duda, un notable avance, el legislador no ha podido o no ha sabido desprenderse de los «estigmas» del pasado y, a nuestro modo de ver, ha actuado muchas veces condicionado por la necesidad de distanciarse de aquella regulación y se ha alejado de las opiniones doctrinales más certeras. El Derecho codificado se fundaba en un sistema especial de protección del vendedor de bienes muebles insatisfecho en caso de quiebra del comprador que le permitía separar de la masa activa de la quiebra los bienes en poder del quebrado cuando concurrieran determinadas circunstancias y siempre que los síndicos no decidieran pagar su precio al vendedor. Semejante sistema de

«reivindicación» de bienes, que podía tener sentido en los esquemas del Derecho romano, con el tiempo había perdido toda su razón de ser y solo se mantenía por una pura inercia histórica. No obstante, de la conjunción entre los medios de defensa previstos por el Derecho civil a favor del contratante cumplidor en los contratos con obligaciones recíprocas y las normas concursales especiales sobre el derecho de separación del vendedor insatisfecho —*separatio ex iure domini*— se dedujo que la posibilidad de ejercicio de la excepción de incumplimiento contractual por el contratante *in bonis* podía desembocar en el cumplimiento o en la resolución del contrato por los síndicos. Se trataba de alcanzar una regla general aplicable a los contratos que carecían de regulación específica. De ahí que el estudio de los antecedentes legislativos de esta problemática nos conduzca por la vía del contrato de compraventa, que tomaremos como contrato de referencia, ya que constituye un verdadero campo de pruebas de la normativa sobre contratos con obligaciones recíprocas. Los mecanismos de defensa a favor del contratante *in bonis* cumplidor frente al deudor concursado —la resolución y la excepción de incumplimiento contractual—, adquieren carta de naturaleza en el esquema jurídico del contrato de compraventa. Además, tanto en el ámbito del Derecho español como en el Derecho comparado, la compraventa ha servido de modelo en la codificación para elaborar una regulación general de los efectos de los procedimientos concursales sobre los contratos bilaterales pendientes.

Ahora bien, al abordar la regulación civil y mercantil sobre el contrato de compraventa no puede obviarse el hecho de que si la reforma concursal cumplió *una aspiración profunda y largamente sentida en el Derecho patrimonial español*, todavía se encuentra pendiente la necesaria y urgente reforma de la legislación sobre compraventa. Dicho empeño forma parte de la necesidad de intervención legislativa en el esquema dualista del Derecho privado, donde se mantiene un sistema en el que la legislación especial mercantil precedió en el tiempo a la legislación general civil, lo que ha condicionado en gran medida la contratación mercantil. Sin embargo, la reforma del Derecho privado español, siempre en el horizonte legislativo, no constituye una realidad próxima y, desde la segunda mitad del siglo pasado, la reforma de la legislación mercantil se viene produciendo a través de un proceso de «descodificación», que ha ido extrayendo del Código de Comercio y recogiendo en normas especiales la regulación particular de determinados contratos, de modo que el Código ha quedado prácticamente reducido en esta materia a las disposiciones generales sobre los contratos de comercio, la compraventa mercantil de bienes muebles para dedicarlos a la reventa o el contrato de comisión. De ahí que en la regulación mercantil sobre compraventa adquiera especial relevancia la naturaleza histórica de la ciencia jurídica, que justifica un análisis de las normas en la realidad en la que se producen para determinar los problemas de su falta de adecuación en la actualidad. Además, desde la perspectiva concursal, el contraste entre la legislación anterior y el derecho vigente, nos permitirá conocer el verdadero alcance de la reforma global del Derecho concursal español.

1. El Derecho concursal como derecho «funcionalmente» dirigido a la satisfacción de los acreedores y los contratos pendientes

Entre los concursualistas resulta afortunada la afirmación de que «el Derecho concursal es la piedra de toque de las instituciones jurídicas»¹. Tan atinada expresión hace referencia al carácter instrumental de este derecho, que se configura como el campo de pruebas de otros institutos jurídicos. Así, se ha afirmado igualmente que el concurso es la piedra de toque de los derechos reales² y podemos decir, sin temor a equivocarnos, que es también la piedra de toque de los derechos personales. La normativa concursal se dirige a remediar las disfunciones que presentan las instituciones jurídicas que se regulan en situaciones de normalidad, cuando se enfrentan a una situación de anormalidad como la que se origina cuando el deudor incumple de forma generalizada sus obligaciones exigibles³.

Ante un deudor que no cumple con sus obligaciones, los acreedores pueden hacer valer los mecanismos previstos con carácter general por el Ordenamiento para la tutela de los derechos de crédito. El acreedor puede retener la ejecución de su contraprestación o poner fin al contrato, puede ejecutar la garantía a su favor, perseguir los bienes del deudor y proceder a su embargo si dispone del correspondiente título ejecutivo, y puede tratar de incrementar el patrimonio de responsabilidad del deudor acudiendo a la acción subrogatoria o impugnando aquellos actos que el deudor hubiera realizado en fraude de su derecho. Sin embargo, ante la situación crítica de un deudor que no puede satisfacer íntegramente a sus acreedores, las formas de tutela individual de los derechos de crédito se manifiestan claramente ineficaces. Los acreedores se verían obligados a entrar en una suerte de competición en la que solo tendrían posibilidades de cobro los más diligentes, mejor informados y más «ceranos» al deudor.

¹ V. ROJO, A., «Crisis de la empresa y procedimientos concursales», *AAMN*, 1981, pgs. 253 y ss., en especial, pg. 279.

² V. DE CASTRO Y BRAVO, F., «El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto», *RDN*, 1966, pgs. 7 y ss., en especial, pg. 19, en cita a Jaeger, n. 20. En el mismo sentido se ha expresado que «si la quiebra es “la piedra de toque” de las instituciones jurídicas, las deudas de la masa son la «piedra de toque» de la quiebra», v. BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, pg.26; o que «la graduación de créditos viene a ser la “piedra de toque” de un sistema concursal», v. GARRIDO, J. M., «La graduación de créditos», en Rojo (dir.): *La reforma de la legislación concursal*, Madrid-Barcelona, 2003, pg. 225. Si la problemática en torno a las deudas de la masa nos enfrenta al problema del coste del procedimiento —qué gastos deben ser satisfechos en régimen de prededucción—; las cuestiones sobre graduación de créditos nos sitúan ante la cuestión distributiva del concurso —qué derechos de crédito deben soportar las pérdidas derivadas de la insolvencia—. Y ambos problemas confluyen en el ámbito de los contratos pendientes ante el procedimiento, ya que con carácter previo a la calificación del crédito derivado del contrato habrá que determinar los efectos que la apertura del procedimiento produce sobre los negocios jurídicos realizados por el deudor.

³ En palabras del profesor GIRÓN TENA, «justamente esta anormalidad generalizada contiene la problemática a tratar por la técnica jurídica y el juego de conceptos de los institutos concursales», v. «Introducción (Temario para una encuesta)», *RFDUC*, 1985 (RFDUC monografías, 8), pgs. 7 y ss., en especial, pg. 13.

Cuando el deudor se encuentra en situación de insolvencia surgen conflictos entre todos los sujetos relacionados patrimonialmente con él y, en ese ámbito de relaciones, los contratos concluidos por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso constituyen un elemento fundamental del patrimonio del concursado. Racionalmente, cada uno de esos acreedores se dirige a atender sus propios intereses en función de la naturaleza de sus relaciones con el deudor y de sus derechos sobre el patrimonio del insolvente. Sin embargo, los sujetos afectados perciben de forma diferente el problema de la insolvencia del deudor, pues ni disponen de la misma información ni, en consecuencia, se mueven por los mismos incentivos. De ahí que la actuación individual y aislada de los acreedores resulte la menos *eficiente* para procurar la satisfacción de sus créditos. Tengamos en cuenta que a la hora de actuar no pueden tomar en consideración los efectos que sus acciones provocan sobre otros posibles interesados. De modo que podrían dar lugar a la resolución de un contrato fundamental para el mantenimiento de la actividad profesional y empresarial del deudor o ejecutar una garantía sobre un bien esencial para el conjunto productivo de la empresa insolvente, lo que reduciría significativamente las posibilidades de cobro de otros acreedores. Asimismo, la falta de cooperación entre todos los afectados por la insolvencia del deudor podría conducir a la desaparición de una empresa cuyo valor de continuidad fuera superior a su valor de liquidación⁴.

Desde esta perspectiva, la técnica del Derecho concursal busca la concurrencia de todos los intereses afectados en un procedimiento único de tutela colectiva que sustituye y modifica los mecanismos legales de tutela individual del crédito. Por ello se configura como un *derecho especial y excepcional*, ya que trata de resolver los conflictos que se originan en las situaciones de crisis económica, donde los medios de tutela de los intereses subjetivos previstos por otras ramas del Ordenamiento se manifiestan ineficaces. Y entre los intereses particulares en conflicto se encuentran los

⁴ Esta necesidad de cooperación o de concurrencia entre los acreedores se justifica tanto desde un punto de vista estrictamente jurídico, como económico. GARRIGUES mantenía que «una exigencia de justicia, que armoniza perfectamente con la naturaleza social del Derecho, impone en los casos de quiebra económica una organización de defensa de los acreedores como colectividad», v. «Derecho de las quiebras y de las suspensiones de pagos», *RDP*, 281, 1940, pgs. 130 y ss, en especial, pg. 131. Desde la perspectiva económica la necesidad de cooperación entre los acreedores también ha sido justificada de forma brillante por JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge, Mass.-Londres, 1986, pgs. 10 y ss. Este autor recurre a la conocida metáfora del «caladero común» para justificar la necesidad de la acción conjunta de los acreedores dentro del procedimiento concursal. La metáfora se repite en la teoría de juegos conocida como «dilema del prisionero», una situación en la que los sujetos participantes consiguen una ventaja común si colaboran. Una explicación de la tesis de JACKSON y de estos ejemplos comparativos puede encontrarse en GARRIDO, J. M., *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid, 1999, pgs. 99 a 107. También, TIRADO, I., «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal», *ADC*, t. LXII, 2009, pgs. 1055 y ss. V., asimismo entre los economistas, CABRILLO, F., *Análisis económico del Derecho concursal español*, Madrid, 1986 y VAN HEMMEN ALMANZOR, E., «La economía de la reforma y los costes del sistema concursal», *RJC*, 4, 2003, pgs. 1011 y ss. Y entre los juristas que han acogido la metodología del análisis económico, BISBAL, J., «La insostenible levedad del Derecho concursal», *RDM*, 1994, pgs. 843 y ss., en especial, pgs. 851 y ss.

de aquellos sujetos que contrataron con el deudor con anterioridad a la apertura del procedimiento concursal.

Ahora bien, no cabe duda de que existe una evidente interdependencia entre las soluciones previstas por el Derecho concursal para dar respuesta a los conflictos de intereses que se producen en las situaciones de crisis económica y los principios de Política económica y social que inspiran las distintas legislaciones en la materia, variables según los países y los momentos históricos. De ahí que las vías de actuación del Derecho concursal sean heterogéneas, no obstante la existencia de elementos comunes. Desde un punto de vista histórico es posible constatar una evolución normativa caracterizada por tres etapas bien diferenciadas:

Una primera etapa codificadora, inspirada en los principios del liberalismo económico, en la que las situaciones de crisis, sobre todo si se trataba de un empresario, se resolvían en la dinámica del mercado, dirigida a eliminar empresas que habían dejado de ser competitivas. Los procedimientos concursales, destinados a la satisfacción del interés privado de los acreedores legítimos, disponían la liquidación del patrimonio del deudor común y el reparto del líquido resultante entre sus acreedores con arreglo al principio general de paridad de trato. La finalidad liquidatoria exigía la resolución de los contratos pendientes, sobre todo si se trataba de relaciones jurídicas que existían en función del organismo empresarial y debían extinguirse cuando este desapareciese⁵.

Una segunda etapa intermedia, en la que, constatadas las deficiencias del mercado y los efectos negativos que las situaciones de crisis económica tienen sobre la producción y el empleo, se toman en consideración otros intereses sociales y públicos, como los laborales. Surgen así procedimientos concursales dirigidos a la recuperación y viabilidad de las empresas y, en definitiva, a su conservación, como mecanismo de solución preferente. En aras de la conservación de la empresa se impone la continuación de los contratos en curso de ejecución⁶. Hay un cambio en la concepción que se tiene de los contratos en el seno del procedimiento. Ya no se ven únicamente como medios de

⁵ No obstante, ello no significa que la apertura del procedimiento concursal conlleve la resolución de pleno derecho de los contratos anteriores concluidos por el deudor. Esto solo ocurría cuando los órganos del procedimiento no cumplían las obligaciones correspondientes al deudor en la contratación, o el contrato tenía una naturaleza personal, es decir, se había celebrado con especial consideración de las condiciones personales de los contratantes, o bien se preveía por medio de una cláusula expresa su resolución por la apertura del procedimiento. Como tendremos ocasión de ver, esta es la situación del Derecho codificado en el ámbito de los ordenamientos latinos, v., *infra*, pgs. 71 y ss.

⁶ Buen ejemplo de ello es el cambio de filosofía que se produce en el Derecho francés con la Ley de 13 de julio de 1967, cuyo artículo 38 establece un principio general de continuación de los contratos en curso. Esta ley regula por primera vez un derecho de opción que permite a los órganos del procedimiento proseguir la explotación de la empresa manteniendo los contratos. Ahora bien, la mayor reforma se produce con la Ley de 25 de enero de 1985, que sustituye el *règlement judiciaire* por el *redressement judiciaire* destinado a permitir la salvaguarda de la empresa, el mantenimiento de la actividad y del empleo y la satisfacción del pasivo, y que reduce la liquidación a un ámbito puramente residual v. MONSERIE, M. H., *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, París, 1994, pgs. 14 y 15.

financiación, o como negocios dirigidos a satisfacer intereses particulares, sino como valores económicos fundamentales para el mantenimiento de la actividad, como elementos del activo patrimonial del deudor. Esta nueva orientación difumina el interés particular de los contratantes en aras del interés general que surge tras la apertura del procedimiento⁷.

En la tercera etapa, que se desarrolla hasta la actualidad, el sistema económico se define por la interdependencia propia de un entorno globalizado. En este momento, las legislaciones concursales, junto a la necesidad de corregir los desajustes del mercado y de tomar en consideración los distintos intereses públicos y privados afectados por las situaciones de crisis económica, han retomado el interés de los acreedores del deudor insolvente por la satisfacción de sus créditos como fin esencial del procedimiento concursal. Sin embargo, no se busca la satisfacción de ese interés «a toda costa», ya que la disgregación patrimonial que conlleva la liquidación muchas veces es la peor forma de satisfacción de los intereses afectados por la insolvencia; y tampoco se trata de mantener la empresa en aras exclusivamente del interés público, sacrificando los intereses individuales de los acreedores legítimos. La realidad ha puesto de manifiesto que resulta erróneo entender que el interés privado de los acreedores solo puede satisfacerse mediante la liquidación del patrimonio del deudor o que el interés público está en todo caso encaminado a la conservación de la empresa⁸. El Derecho concursal debe dirigirse a dar satisfacción a los acreedores, ya sea mediante la solución convenida ya mediante la solución liquidatoria. En este sentido, tanto desde la perspectiva del análisis sistemático funcional de la normativa, cuanto desde una perspectiva de análisis económico se coincide en entender que el procedimiento concursal no debe plantearse si la empresa debe o no ser liquidada, sino cuál es el mejor medio para satisfacer a los acreedores⁹. Así, con respecto a los contratos pendientes en el procedimiento habrá que

⁷ Cuando ese interés general se identifica con la necesidad de preservar la empresa, manteniendo la actividad y el empleo, solo aquellos contratos que sean «útiles» a tales fines deberán ser preservados, en tanto que se verán amenazados aquellos que supongan una carga o un obstáculo, v., en este sentido, la obra ya citada de MONSERIE, M. H., *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, cit.

⁸ V., estas ideas, en BONELL, M. J., «La crisi delle tradizionali procedure concorsuali: uno sguardo oltre frontiera», *Giur. Comm.*, vol. I, 1981, pp.680 y ss., pg. 700.

⁹ En 1975, el profesor ROJO ponía ya de manifiesto que «el cambio cualitativo en la dimensión de la insolvencia no afecta a la finalidad primaria de los procedimientos concursales, sino al medio para satisfacer esa necesidad», v., «Notas para la reforma de la legislación concursal», *RDM*, 1975, pgs. 509 y ss, pg. 523. Y en la obra citada «Crisis de la empresa y procedimientos concursales», pg. 254, afirmaba que «la función primaria de los procedimientos concursales ha sido y es la satisfacción de los acreedores legítimos en caso de crisis económica del deudor común».

Por su parte, y desde «la lógica funcional inherente a las instituciones concursales», el profesor GONDRA consideraba que «no puede perderse de vista en todo caso que esta función «sanatoria» del convenio es siempre “refleja” e “instrumental” respecto de su auténtica finalidad “solutoria”, es decir, ordenada a dar satisfacción a los acreedores por una vía distinta», v. «Reflexiones en torno a la funcionalidad del sistema concursal proyectado», *RFDUC*, 1985 (RFDUC monografías, 8), pgs. 145 y ss, en especial, pgs. 152 y 157.

Desde la perspectiva del análisis económico se entiende que el objetivo del Derecho concursal es la solución de un problema de acción conjunta de los acreedores y no si la empresa debe o no ser liquidada,

tener en cuenta la «funcionalidad» y trascendencia de cada relación jurídica obligatoria en relación con el mantenimiento de la actividad y la solución convenida o la alternativa de la liquidación. Será preciso plantearse la «utilidad» que cada contrato tiene para la consecución de los fines concursales y serán los órganos del procedimiento los que deberán decidir tomando en consideración los criterios proporcionados por la norma¹⁰.

Por otro lado, y desde un punto de vista institucional, las soluciones concursales, el convenio y la liquidación, también se ha visto ligadas durante mucho tiempo a la concurrencia de determinadas condiciones objetivas —iliquidez o insolvencia— y subjetivas —la buena o mala fe del deudor—. En principio, la quiebra y el concurso eran procedimientos dirigidos a la liquidación del patrimonio del deudor y conllevaban, especialmente el primero, graves consecuencias personales sobre el quebrado, que, en cuanto «responsable» de la insolvencia, debía ser sancionado¹¹. Por su parte, el concordato y la suspensión de pagos se concebían como procedimientos previstos para las situaciones de iliquidez y, normalmente, aplicables a un deudor que habiendo actuado diligentemente se veía «sorprendido» por la crisis. Esta diversidad de procedimientos tenía trascendencia en relación con la suerte de los contratos pendientes de cumplimiento. Aunque en los ordenamientos suelen generalizarse las soluciones

v. JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, cit., pgs. 210 y ss. En el mismo sentido se dice que «para lograr el aumento de la eficiencia no es necesario suscribir el principio de conservación de la empresa. Puede, en cambio, lograrse mayor eficiencia manteniendo el tradicional principio de liquidación», v. CABRILLO, F., *Análisis económico del Derecho concursal español*, cit., pg. 41. También, BISBAL, J., «La insostenible levedad del Derecho concursal», *RDM*, cit., pgs. 859 y ss.

¹⁰ Buen ejemplo de ello es la Ley Concursal española, en la que el arbitrio de los administradores concursales o del juez a la hora de decidir sobre los contratos debe venir dirigido por el «interés del concurso», v., art. 61.2-II y 62.3 LC.

V., también, en este sentido, el *Proyecto de Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia de 2006*, publicado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, [disponible en internet]. Los contratos deben considerarse en sí mismos, en cuanto elementos del activo patrimonial, sujetos a la satisfacción de los acreedores, de modo que deberán mantenerse aquellos contratos que puedan aportar valor y sean necesarios para el convenio o faciliten la liquidación; en cambio, habrán de resolverse los que carecen de valor, suponen un obstáculo para el convenio o dificultan la liquidación.

¹¹ V., sobre el rigor de la quiebra de los mercaderes, OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal*, Madrid, 2006, pgs. 147 y ss.

La deshonra que para el comerciante suponía la quiebra trasciende incluso a la literatura. En la obra de Balzac, *Eugenia Grandet*, la quiebra conduce al suicidio y conlleva una deshonra hereditaria. El autor, que estudió Leyes y que llegó a conocer en varios momentos a lo largo de su vida la ruina económica, sabrá reproducir como pocos las costumbres de una burguesía capitalista dominada por el poder del dinero. En esta obra, la quiebra se presenta como «la acción más deshonrosa entre todas las que pueden deshonrar a un hombre» y se dice que «el saltador de caminos es preferible al que hace bancarrota». También se apunta la diferencia entre la quiebra involuntaria y la quiebra fraudulenta, y la posibilidad de acudir a una liquidación judicial o extrajudicial o a un convenio, con el fin de evitar la quiebra. Así, se afirma que «liquidar no es hacer quiebra», y que «al hacer quiebra un hombre queda deshonrado pero liquidando queda honrado», v. BALZAC, H., *Eugenia Grandet*, Glub Internacional del Libro, Madrid, 1991, pgs. 83 y 100. Sobre otra novela del mismo autor *César Birotteau*, v. JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, París, 2007, pg. 6.

Se pueden encontrar mas ejemplos de cómo la literatura ha recogido esta función sancionadora de la quiebra en DUQUE DOMINGUEZ, J. F., «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», *ADC*, vol. 33-1, 1980, pgs. 29 y ss, pg. 73; y en CASTÁN, J. M., «La quiebra a través de la novela», *ADCo*, 19, 2010-1, pgs. 211 y ss.

previstas para la quiebra¹², lo cierto es que el menor alcance de los efectos que el concordato o la suspensión de pagos tenían sobre las facultades patrimoniales del deudor, permitía atenuar las consecuencias del procedimiento sobre las relaciones contractuales concluidas por este, que podían mantenerse en la medida en que el deudor permanecía al frente de la empresa y conforme al convenio acordado¹³.

Sin embargo, en la segunda mitad del siglo XX, la situación de crisis económica generalizada propicia un amplio debate en torno a la finalidad y eficiencia de los procedimientos concursales. En muchos países se habían impuesto las soluciones convenidas, muchas veces por la vía de los hechos más que del Derecho, y los procedimientos liquidatorios, desplazados en la práctica, se habían convertido en procedimientos excepcionales¹⁴. Al mismo tiempo, de las empresas emerge un conjunto

¹² Desde la perspectiva del concurso, el par. 50 *VerglO* alemana recogía, de forma semejante al par. 17 *KO*, el derecho del deudor a rehusar el cumplimiento del contrato, evitando la reclamación de cumplimiento de la contraparte y sin tomar en consideración el acuerdo aprobado. La contraparte *in bonis* tendría, en tal caso, un crédito por los daños causados por la falta de cumplimiento que estaría sujeto al convenio (par. 52 *VerglO*). De esta manera, el acreedor, que en cuanto contratante *in bonis* en un contrato bilateral pendiente de cumplimiento por ambas partes no podía considerarse afectado por el convenio — *Vergleichsgläubiger*— (par. 36 I *VerglO*), participará en el procedimiento no por el valor de su derecho al cumplimiento, sino por el valor de los daños ocasionados por la negativa a cumplir del deudor. V. MAROTZKE, W., *Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich*, Múnich, 1985, pg. 412 y ss.

¹³ Así ocurre en Derecho español para la suspensión de pagos o en Derecho italiano para el concordato preventivo.

La doctrina española rechaza la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria por incumplimiento (art. 1124), de modo que «todos los contratos contraídos por el suspenso antes de su solicitud conservan, como regla general, su eficacia, constituyendo lo contrario una excepción». Y, en todo caso, se atribuye a los interventores el ejercicio de la resolución, v. TORRES DE CRUELLES, J., y MAS Y CALVET, R., *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1995, pgs.188 y 190; MONTES REYES, A., «La suspensión de pagos y los contratos de tracto sucesivo», *RGD*, 404, mayo 1978, pgs. 444 y ss, en especial pgs. 454 y ss; DE LA CUESTA RUTE, J. M., «Aspectos de la protección del vendedor en la compraventa a plazos ante la suspensión de pagos del comprador», *La Ley*, 1982-4, pgs. 324 y ss, especialmente, pg. 331; y GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», en AA. VV: *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, 1996, pgs. 301 y ss, en especial, pg. 334.

En el Derecho italiano se entendía, igualmente, por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia, que los contratos con obligaciones recíprocas en curso de ejecución no sufrían ninguna alteración por la apertura del *concordato preventivo*, v. CENSORI, P. F., *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, Milán, 1978, pgs. 10 y ss.

¹⁴ La propia Exposición de motivos de la Ley Concursal (ep. I) reconoce que la suspensión de pagos llegó a convertirse en pieza básica de nuestro Derecho concursal. La flexibilidad de su regulación y una jurisprudencia poco rigurosa permitían recurrir a este procedimiento para evitar la quiebra, lo que originó la distorsión de los propios institutos concursales, v., ROJO, A., «Crisis de la empresa y procedimientos concursales», cit., pg. 259. También, VERDERA Y TUELLS, E., «Aspectos económicos y jurídicos de la reforma del Derecho concursal: la supervivencia de las empresas en crisis», *RFDUC*, 1985 (RFDUC monografías, 8), pgs. 179 y ss, pgs. 183 y ss; y OLIVENCIA RUIZ, M., «La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio», en *Centenario del Código de Comercio*, vol. I, Madrid, 1986, pgs. 343 y ss, pgs. 386 y 387.

V., sobre las relaciones entre las instituciones concursales propias del comerciante o empresario y su delimitación, VICENT CHULIÁ, F., «En vísperas de la reforma del Derecho concursal español», *RJC*, 3, 1978, pgs. 919 y ss, pgs. 946 y ss. También, DUQUE DOMINGUEZ, J. F., «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», cit., pgs. 78 y ss.

de intereses de notable trascendencia social y pública —inversores, trabajadores, proveedores, etc.—, que exigen el mantenimiento de la producción y del empleo, de manera que la problemática concursal, liquidación *versus* convenio, debe decidirse en función de las expectativas de viabilidad económica de la empresa. Ello conlleva la necesidad de mantener los contratos que permitan y propicien la reestructuración empresarial y el saneamiento de la actividad, y de resolver aquellos que impidan o dificulten la consecución de tales fines.

Sin embargo, pronto se advierte la necesidad de no confundir los medios con los fines para la solución de las situaciones de crisis. Los procedimientos concursales no están dirigidos a conservar empresas ni a eliminar empresas insolventes sacando del mercado a los menos preparados. Su función debe ser procurar la satisfacción de los acreedores del deudor, tutelando sus derechos en las situaciones de crisis, de la misma manera que las demás ramas jurídicas les procuran tutela en las situaciones de «normalidad» económica o financiera. Ello no impide que el procedimiento concursal pueda desarrollar paralelamente otras finalidades, y regule la posibilidad de sancionar al deudor que intervino en la generación o agravación de la insolvencia o la posibilidad de prever un acuerdo de reestructuración y refinanciación dirigido al saneamiento y conservación de la empresa.

La liquidación y el convenio solo son los medios o instrumentos a través de los cuales se puede llevar a cabo la finalidad solutoria. Así, del mismo modo que el saneamiento es independiente de la conservación de la empresa, y se podrá sancionar al deudor que intervino en la generación o agravación de la insolvencia con independencia de que la empresa alcance un convenio de continuación o no tenga más salida que la liquidación, dicha liquidación no tiene que producir necesariamente la extinción de la empresa, ya que puede llevarse a cabo mediante una venta en bloque, y el convenio no tiene que suponer necesariamente la continuación, ya que podrá tener un contenido liquidatorio.

Por ello no puede afirmarse, *prima facie*, que los contratos concluidos por el deudor con anterioridad a la apertura del procedimiento concursal y, por tanto, pendientes de ejecución en ese momento, deban resolverse como consecuencia del advenimiento del concurso en aras de la liquidación o mantenerse necesariamente en función del convenio entre el concursado y sus acreedores.

En principio, la continuación de la actividad profesional o empresarial exigirá el mantenimiento de los contratos, pero no de todos los contratos, sino de aquellos funcionalmente dirigidos al ejercicio de la actividad. Los que resulten incompatibles con el procedimiento o carezcan de valor para el mismo, o bien se resuelven, o bien continúan al margen del concurso con el deudor y a cargo de su patrimonio personal. Asimismo, habrá que liberar a la masa patrimonial del concurso de aquellos contratos que supongan un obstáculo para la consecución y ejecución del acuerdo, mientras que en caso de liquidación habrá contratos que deban mantenerse, sobre todo si la

liquidación se realiza mediante la venta en bloque de unidades productivas. El criterio funcional se dirige así a propiciar los fines del procedimiento y debe ejercerse por sus órganos mediante la actuación del interés del concurso. Un principio que exigirá valorar los contratos desde el punto de vista de su conveniencia o utilidad para el patrimonio concursal, teniendo en cuenta los diversos escenarios que pueden desplegarse ante los órganos concursales, el mantenimiento de la actividad o su cese, la solución convenida o la solución liquidatoria. El recurso a este criterio funcional de actuación legal no impedirá que surjan tensiones entre la tutela concursal de los acreedores que proporciona el procedimiento y los mecanismos de tutela de los derechos subjetivos que reconoce el Derecho común, y cuya solución conlleva el ejercicio de una opción legislativa a favor de un interés concreto. En esta línea, la Ley Concursal establece una normativa general para los contratos con obligaciones recíprocas que deberá ejercerse atendiendo al interés del concurso, pero mantiene la vigencia de soluciones normativas concretas para algunos contratos en particular, como los contratos de trabajo o los contratos con las administraciones públicas, y establece reglas especiales para determinados supuestos, como los contratos de préstamo y demás de crédito, los contratos de adquisición de bienes con precio aplazado, o el desahucio en los arrendamientos urbanos.

2. El Derecho concursal español: el cambio legislativo y el criterio «funcional» de actuación legal.- La distribución eficiente y el interés del concurso

El Derecho concursal español se mantuvo durante más de un siglo anclado en la primera etapa codificadora, aunque al instituto de la quiebra, regulado en los sucesivos Códigos de Comercio de 1829 y 1885, se añadieron otros instrumentos jurídicos procedentes de la necesidad práctica de superar los postulados liberales y atender las exigencias de las crisis de las grandes compañías. En este sentido destacaba la legislación sobre quiebra y convenios de las compañías de canales, ferrocarriles y demás obras públicas¹⁵ y, muy especialmente, la Ley de Suspensión de Pagos de 1922. De ahí que para el Ordenamiento español, la Ley 22/2003, de 9 de julio, que regula el concurso, haya supuesto el triunfo de la modernización frente al arcaísmo, del criterio unificador frente a la dispersión normativa y la variedad de procedimientos¹⁶ y, en definitiva, del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores frente al número cada vez mayor de privilegios y preferencias imperante en el tráfico.

¹⁵ V. DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX: El significado histórico de la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las Compañías de ferrocarriles», en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, pgs. 113 y ss; y, OLIVENCIA RUIZ, M., «La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio», cit., pgs. 373 y ss.

¹⁶ V., sobre la arcaicidad y la dispersión de la normativa en el derecho codificado, VICENT CHULIÁ, F., «En vísperas de la reforma del Derecho concursal español», *RJC*, 3, 1978, pgs. 933 y ss.

En su Exposición de motivos la Ley Concursal recoge los tres principios generales del sistema concursal español: el de unidad legal, el de unidad de disciplina y el de unidad de procedimiento¹⁷. La unificación parece ser el gran logro del legislador. El criterio unificador se había puesto de manifiesto en todos los sucesivos y frustrados intentos de reforma previos, desde el Anteproyecto de 1959 a la Propuesta de Anteproyecto de 1995, pasando por el muy debatido Anteproyecto de 1983¹⁸, si bien el tratamiento de la crisis en cada uno era diferente. Mientras que el Anteproyecto de 1983 se regía por el principio de recuperación y viabilidad de las empresas, el Anteproyecto de 1959 y la Propuesta de 1995, aunque entendían que los procedimientos concursales deben atender prioritariamente a la satisfacción de los acreedores, regulaban una dualidad de procedimientos dirigidos, por una parte, al tratamiento de las situaciones de insolvencia —el concurso— y, por otra, a la prevención de las mismas —el concordato y la suspensión de pagos—. Frente a ello, la Ley Concursal reglamenta en un solo texto los aspectos materiales y procesales de un procedimiento único y unitario, *el concurso*, aplicable a cualquier deudor, persona natural o jurídica, y que pretende adecuarse a situaciones y soluciones muy distintas, ya que en la normativa coexisten el convenio y la liquidación como soluciones generales de la insolvencia. Al mismo tiempo, acoge la función solutoria, la satisfacción de los acreedores, como finalidad esencial del procedimiento¹⁹ y considera como regla general del mismo el principio de igualdad de trato de esos acreedores. En consecuencia, el concurso se dirige a satisfacer a los acreedores del deudor insolvente del modo más equitativo y eficiente posible, «a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de gran amplitud» (Exp. de mot. VI-II) o mediante la alternativa de la liquidación²⁰.

¹⁷ V., un examen de los criterios de unidad en OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal*, Madrid, 2006, pgs. 147 y ss.

¹⁸ V., sobre ese debate la obra colectiva, *Crisis económica y Derecho concursal*, Consejo General del Colegio de Economistas, Madrid, 1984.

¹⁹ ROJO, A., en Uría y Menéndez (dirs.): *Curso de Derecho mercantil*, vol. II, Madrid, 2006, pgs. 895 y ss.

De la expresión legal «finalidad esencial del concurso» pueden extraerse dos consecuencias: en primer lugar, que la satisfacción de los acreedores constituye la finalidad más importante del procedimiento. En segundo lugar, que no constituye la única finalidad. El concurso puede atender también otras finalidades y permitir la conservación de empresas en crisis o sancionar al deudor cuya conducta hubiese generado o agravado el estado de insolvencia. Así, para el profesor OLIVENCIA «"fin esencial" no quiere decir único, sino que ha de ser combinado armónicamente dentro del sistema concursal con otros, como el de los trabajadores de la empresa del deudor, o el de la «economía» (v. art. 100.1 párrafo segundo) y, en general, el de la continuidad de la actividad y la conservación de la empresa», v. *La terminología jurídica de la reforma concursal*, cit., pg. 203.

²⁰ En la Ley Concursal «tanto el convenio como la liquidación tienen como fin la satisfacción de los acreedores», v. ROJO A., y BELTRÁN, E., «Título V. De las fases de convenio o de liquidación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pg.1849. También, GONDRA, J. M., «Convenio y reorganización en la nueva Ley Concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada», en AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. IV, Madrid, 2005, pg. 4596.

Como hemos visto, el Derecho concursal trata de solucionar los posibles conflictos entre los acreedores con el fin de reducir los costes que implica para ellos cobrar en una situación en la que el patrimonio del deudor es insuficiente. Ahora bien, en la práctica, los acreedores del concursado constituyen un grupo muy heterogéneo de intereses contrapuestos, cuya composición obliga a tomar posición en la resolución de los conflictos. Así, en el seno de un procedimiento concursal, lo que supone ventajas para unos normalmente se traduce en sacrificios para otros, y al solucionar los conflictos de intereses que se suscitan entre todos los perjudicados por la insolvencia, el legislador debe necesariamente tomar partido. Por eso, la actuación conjunta de todos los acreedores dentro del procedimiento concursal ha de considerarse la más eficiente desde un punto de vista distributivo. 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 y que se dirige a distribuir de forma eficiente un patrimonio insuficiente para realizar un fin concreto: la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente²¹.

El concurso no presenta solo problemas de eficiencia, ni presenta únicamente problemas de distribución, sino que debe resolver un problema de distribución eficiente²². Si durante mucho tiempo los procedimientos concursales vieron la

²¹ V. OLIVENCIA RUIZ, M., *La terminología jurídica de la reforma concursal*, cit., pg. 203; y, muy especialmente, TIRADO, I., «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal», cit., pgs. 1055 y ss, pgs. 1083 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 este último.

²² El problema de la distribución eficiente nos sitúa en una perspectiva más amplia de la que es capaz de ofrecer el puro análisis económico del Derecho, ya que solo se puede resolver si se tienen en cuenta todos los factores socio-económicos e incluso políticos que se conjugan para delimitar el alcance funcional de las instituciones concursales. Así, la perspectiva funcional ofrece una visión del Derecho concursal no limitada por el análisis eficiente y meramente contractualista de los problemas. Tengamos en cuenta que los conflictos susceptibles de generarse en el seno del procedimiento concursal no son únicamente conflictos entre partes, sino que siempre afectan a terceros, y que la solución legislativa encierra en sí misma otros valores que no son el de la pura eficiencia. En este sentido se ha puesto de manifiesto que la existencia de causas de preferencia de origen convencional y, sobre todo, legal, no puede justificarse desde una perspectiva eficiente, ya que se dirigen a la tutela específica de determinados intereses en conflicto y, en consecuencia, cumplen una función esencialmente distributiva. Por ello, el análisis económico del derecho solo aporta una visión parcial de las cuestiones concursales: se enfrenta al problema de la eficiencia económica pero no al de la distribución adecuada de las pérdidas derivadas de la insolvencia entre los acreedores, v., por todos, GARRIDO, J. M., *Garantías reales, privilegios y par condicio*. *Un ensayo de análisis funcional*, cit., pgs. 107 y ss.

Desde un punto de vista general también se ha considerado que la utilización de las técnicas del análisis económico del Derecho no puede ser excluyente, v. GONDRA, J. M., «Del derecho de la economía a la moderna economía del derecho (viejas y nuevas perspectivas de colaboración interdisciplinar entre las ciencias económica y jurídica), en *Ensayos de economía en conmemoración del XXV aniversario de la fundación de la facultad*, Bilbao, 1981, pgs. 49 y ss.

insolvencia como una cuestión de reparto de pérdidas, y olvidaron el problema del coste de dicho reparto, en la actualidad parece fuera de toda duda que el reparto del patrimonio insolvente debe realizarse al menor coste posible. La Ley Concursal no pasa por alto el problema del coste del concurso. El legislador ha tratado de reducir esos costes manteniendo la actividad profesional o empresarial (art. 44 LC), tratando de regular vías de solución que supongan la menor pérdida de valor de los activos (permitiendo la venta en bloque o por unidades productivas, art. 149.1-1ª) y procurando un ahorro de costes procesales. De hecho, uno de los fines de la reforma acometida 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, fue agilizar los trámites procesales y reducir los costes de la tramitación. Asimismo, «la revisión en profundidad» de la legislación concursal «a la luz de la intensa experiencia vivida en los tribunales como consecuencia de la crisis», que ya anunciara aquel Real Decreto y que se ha llevado a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, abunda en esta necesidad de simplificar y agilizar el procedimiento concursal²³. Con ello se intenta alcanzar el fin de la eficiencia concursal, maximizar el valor del patrimonio sujeto al concurso²⁴. Ahora bien, existe una inevitable tensión entre el objetivo de maximizar el valor del patrimonio concursal y la distribución del daño entre los acreedores, pues parece difícil que el interés de los acreedores coincida en una situación concreta de reparto de riesgos. La Ley Concursal ha tratado de facilitar esa coincidencia reduciendo las situaciones de desigualdad entre los acreedores y estableciendo como regla general del concurso el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores (Exp. de mot. V). Frente a la inercia histórica de creación de causas de preferencia, el legislador se ha propuesto que las excepciones a la regla de la paridad de trato entre los acreedores sean muy contadas y siempre justificadas²⁵. Sin embargo, la

²³ El problema del coste del concurso fue abordado por la doctrina con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, v. BELTRÁN, E., «El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico», en Rojo (dir.): *La reforma de la legislación concursal*, Madrid-Barcelona, 2003, pgs. 323 y ss. En este trabajo, el profesor BELTRÁN ya ponía de manifiesto la insuficiencia de los remedios generales previstos por el Proyecto de Ley Concursal para atender el problema del coste: el convenio anticipado y el procedimiento abreviado. No cabe duda de que la intervención legislativa posterior ha venido a corroborar aquellas críticas. En el Real Decreto-Ley 3/2009 no solo se modifica el ámbito de aplicación de ambas figuras, sino también su régimen jurídico. Igualmente, en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal se introducen importantes modificaciones en estos ámbitos, «impulsando y regulando un verdadero procedimiento abreviado y ofreciendo soluciones específicas en la fase común y en el convenio». Así, se ofrece al deudor el incentivo «de no formar la sección de calificación si alcanza con sus acreedores un convenio anticipado, siempre que no sea especialmente gravoso».

Por su parte, también la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que modificó hasta 49 preceptos de la Ley Concursal, se dirige sobre todo a paliar el problema del coste.

²⁴ Esta misma finalidad puede encontrarse en otros preceptos de la normativa, como el art. 40.1, que al prever el régimen de administración del patrimonio establece la posibilidad de dejar en manos del deudor las facultades de administración y disposición, «quedando sometido el ejercicio de estas a la intervención de los administradores concursales [...]». No cabe duda de que el deudor es quien mejor conoce su patrimonio y, en principio, sería el más capacitado para obtener de él los mejores resultados.

²⁵ La regla de la paridad de trato se identifica con el principio de proporcionalidad, en cuanto mecanismo de reducción de pérdidas de los acreedores ordinarios. Mediante esta regla de actuación «el riesgo de

eficacia del principio de igualdad de trato no depende únicamente del número y cuantía de los créditos preferentes, sino de otros factores, como son: el momento en que se produce la apertura del procedimiento concursal, las posibilidades de actuación de los acreedores ordinarios dentro del mismo o la regulación de las soluciones previstas, el convenio y la liquidación²⁶.

De la misma manera, en relación con los efectos del concurso sobre los contratos pendientes de cumplimiento, es posible constatar cómo, junto a la regla general dirigida a conciliar los mecanismos de tutela individual de los derechos de crédito con la tutela colectiva que procura el procedimiento concursal, coexisten otras soluciones legales que se dirigen a permitir la tutela de un determinado interés contractual, y que no se pueden explicar desde la eficiencia, ya que tienen una finalidad distributiva. Al mismo tiempo, la aplicación de la regla general dependerá de la concurrencia de otros factores, como las posibilidades de continuación en el ejercicio de la actividad empresarial, las perspectivas de convenio con los acreedores o la necesidad de la liquidación. Por una parte, la normativa general para los contratos con obligaciones recíprocas trata de conciliar los principios que rigen la contratación bilateral con los que impulsan el procedimiento concursal (arts. 61 y 62 LC). Por otra, se mantiene la tutela específica

impago derivado de la insolvencia se distribuye entre todos los acreedores ordinarios, que ven cómo sus créditos vencen anticipadamente y son satisfechos a prorrata», v. GARRIDO, J. M., *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, cit., pg.118.

²⁶ Las críticas que se han producido desde todos los sectores en estos años de aplicación de la Ley dan a entender que sus resultados distan mucho de ser los deseados por los operadores del tráfico. Por una parte, se han puesto de manifiesto una serie de deficiencias de la normativa que desvirtúan su finalidad esencial de atender a la satisfacción de los acreedores. Por otra, parece que las insuficiencias de la Administración de Justicia española hacen ilusorios los principios de rapidez y celeridad en la tramitación que se propuso el legislador. V. QUINTANA CARLO, I.; BONET NAVARRO, A., y GARCÍA-CRUCES, J. A. (dirs.): *Las claves de la Ley Concursal*, Pamplona, 2005.

Muchas de esas críticas ya se apuntaban antes de la entrada en vigor de la Ley, v. ROJO (dir.): *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2003, y se han incrementado con la actuación legislativa posterior, v. GARCÍA-CRUCES, J. A., y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, Pamplona, 2009; y BELTRÁN, E., y SÁNCHEZ PAREDES, M. L., *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Civitas, Pamplona, 2009, pgs. 21 a 43. Además, la aparición de normas que modifican o excepcionan el régimen concursal ha abierto una brecha en el principio de unidad legislativa que se encuentra en la base del procedimiento. Un buen ejemplo lo constituye la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (BOE 24-XII-2009), relativa al «Reequilibrio económico financiero de las concesiones de autopistas de peaje». Esta norma establece diversas medidas para las sociedades concesionarias de autopistas de peaje competencia de la Administración General del Estado e incluye, en su apartado segundo, al referirse a un «préstamo participativo por sobrecostes de expropiaciones», una previsión sobre «ampliación del plazo de las concesiones, elevación de tarifas y liquidación de ingresos adicionales» (letra c), que establece: «con el fin de compensar los sobrecostes por expropiaciones, el Ministerio de Fomento, previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda, propondrá al Gobierno modificar las concesiones a que se refiere esta disposición acordando, conjunta o aisladamente, una elevación de tarifas o una ampliación del plazo de concesión, a los solos efectos de generar ingresos adicionales directa y exclusivamente destinados a amortizar el principal y los intereses a que se refiere el apartado dos b) 2º a) del préstamo participativo otorgado al amparo de esta disposición. La elevación de las tarifas será escalonada. En caso de declaración de concurso de acreedores de la sociedad concesionaria, dichos ingresos adicionales no formarán parte de la masa del concurso y se ingresarán directamente en el Tesoro para la amortización del préstamo [...]».

prevista para determinados contratos (art. 63) o bien se establecen reglas particulares (arts. 64 a 70).

Con carácter general, la Ley Concursal trata de conciliar los numerosos intereses enfrentados mediante el *interés del concurso*. Las previsiones legales dirigidas a la reducción de costes, a la consecución de la igualdad de trato o al mantenimiento de los contratos constituyen instrumentos al servicio de la denominada *función reactiva* del Derecho concursal: la solución del conflicto de intereses que origina la insolvencia del deudor. Ahora bien, la finalidad que ha de guiar esa solución y en función de la cual habrán de ser interpretados tales instrumentos jurídicos será el *interés concursal*. Con esta expresión, el legislador reconoce la existencia de un objetivo específico de la Ley que no define expresamente. El criterio funcional del *interés del concurso* constituye una importante novedad legislativa, «un concepto jurídico complejo en el que se engloban, ordenados, todos los intereses subjetivos implicados en la insolvencia del deudor en el tráfico»²⁷. Por ello, se hace preciso un detenido análisis de los intereses implicados en las normas y los fines económicos a que se destinan, pues, como hemos visto, la protección de unos intereses en detrimento de otros depende en gran medida del modelo económico que se adopte. La liquidación del patrimonio del deudor exigirá la resolución de las relaciones jurídicas concluidas por este, en tanto que la conservación de la empresa requerirá el mantenimiento de los contratos favorables a la continuación. Si el deudor ejerce una actividad profesional o empresarial, tras la apertura del procedimiento concursal será preciso adoptar decisiones en relación con los contratos concluidos por el deudor, dirigidas a procurar el mantenimiento de aquellos que garanticen la continuidad, facilitando la resolución de los que no puedan aportar utilidad o supongan un obstáculo para el mantenimiento de la actividad. Además, habrá que valorar si en esa composición de intereses el legislador ha logrado una distribución eficiente mediante la actuación del interés del concurso o, por el contrario, no ha conseguido que ese interés concursal realice la maximización del valor del patrimonio como medio de alcanzar el fin primordial de la satisfacción de los acreedores²⁸.

²⁷ V. TIRADO, I., «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal», cit., pg. 1066. El «interés concursal» servirá tanto para guiar la interpretación de la Ley, cuanto como criterio de actuación de los órganos «funcionales» del concurso —el juez y la administración concursal—. No obstante, puede que el legislador que ha establecido ese criterio interpretativo se separe del mismo y defina determinados valores de forma específica, en tal caso habría que atender al criterio literal. Para TIRADO «el “interés del concurso” es un instrumento interpretativo, y, por tanto, su eficacia queda circunscrita a las reglas generales de interpretación» —ídem, pg. 1096—.

²⁸ Este es el contenido que la jurisprudencia viene atribuyendo al interés del concurso, v. SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», *ADCo*, 18, 2009-3, pgs. 423 y ss, en especial, pg. 442.

3. La regulación concursal de los contratos con obligaciones recíprocas, el contrato de compraventa y el criterio funcional del interés del concurso.- La regla general y los supuestos especiales

La Exposición de motivos de la Ley Concursal pone de manifiesto que «objeto de especial atención ha sido también la regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, una de las materias más deficientemente tratadas en el anterior derecho y, por tanto, de mayor originalidad en la nueva ley». Frente al Derecho codificado, caracterizado en esta materia por la dispersión normativa y la carencia de un régimen general, la Ley Concursal establece en el Capítulo III del Título III —arts. 61 a 70— una completa regulación de los efectos del concurso sobre los contratos²⁹. En estos preceptos el legislador se ocupa de tres ámbitos materiales bien diferenciados: por un lado, regula las consecuencias generales del procedimiento sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63); por otro, prevé especialmente los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo y los contratos con las administraciones públicas (arts. 64 a 67) y, por otro, establece previsiones específicas para los casos de rehabilitación de contratos de préstamo y demás de crédito, de adquisición de bienes con precio aplazado y de enervación del desahucio en los contratos de arrendamientos urbanos (arts. 68 a 70).

Con el objetivo de abordar el estudio de las normas generales que regulan los efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas acudiremos al contrato de compraventa como contrato de referencia, no solo porque la compraventa es el tipo legal de los contratos con prestaciones recíprocas, sino también porque en este contrato son plenamente aplicables las reglas generales, ya que no existe una regulación especial. En tanto que en el derecho codificado se preveía una regulación parcial aplicable al contrato de compraventa en caso de quiebra del comprador, la Ley Concursal carece de normas específicas para el contrato de compraventa, por lo que, el estudio de esta problemática debe partir de las disposiciones que se ocupan de los contratos con obligaciones recíprocas.

La razón por la que el legislador dedica a los contratos bilaterales o con obligaciones recíprocas una regulación específica parece encontrarse en su concreta estructura causalista, que confiere al acreedor especiales mecanismos de defensa de su derecho de crédito: la excepción de incumplimiento contractual y la facultad de resolución por incumplimiento. Estas formas de tutela del crédito se enfrentan a los principios que rigen el concurso, en cuanto procedimiento dirigido a la tutela de los derechos de crédito en los supuestos en los que el patrimonio del deudor es insuficiente para atender sus obligaciones. Dentro de esta problemática, la compraventa, como

²⁹ Si bien, el examen de esta problemática no puede circunscribirse a esas normas, ya que cuenta con importantes puntos de referencia en todas aquellas disposiciones que se ocupan de los créditos en el concurso, como el artículo 84.2-6º, que considera créditos contra la masa los derivados del mantenimiento o la resolución de los contratos, el artículo 88, necesario para determinar el cómputo de las obligaciones pendientes de cumplimiento en los contratos o el artículo 56, para los contratos con garantías reales.

prototipo de contrato bilateral cuyas normas se han extendido a todos los contratos con obligaciones recíprocas, tiene un destacado protagonismo, pues en algunos Ordenamientos jurídicos ha sido la categoría contractual de referencia para determinar los efectos de los procedimientos concursales sobre los contratos pendientes.

En el ámbito de los Derechos codificados, como el español, los mecanismos de defensa del vendedor en caso de quiebra del comprador han constituido durante mucho tiempo las principales referencias normativas en materia de efectos del concurso sobre los contratos bilaterales pendientes de ejecución. La situación «privilegiada» que se reconocía al vendedor de bienes muebles insatisfecho condicionaba en gran medida la labor doctrinal y jurisprudencial, y ha podido constituir un obstáculo más a los intentos de reforma de la legislación sobre quiebras. Ese trato preferente respondía a una constante histórica del Derecho concursal: la proliferación de privilegios y preferencias.

A lo largo de su historia la quiebra muestra una pugna entre las distintas categorías de acreedores, que se van ampliando a medida que los operadores del tráfico incrementan su poder económico. Algunas preferencias crediticias nunca estuvieron debidamente justificadas o con el paso del tiempo perdieron toda justificación, pero se mantuvieron inalteradas por obra y gracia de las presiones ejercidas por los sectores favorecidos o por la pura inercia creadora de privilegios. La Ley Concursal ha reaccionado a esta «destructiva» proliferación de causas de preferencia³⁰ mediante «una drástica poda de privilegios»³¹, y dentro de esta actuación ha derogado el trato preferente que el Derecho codificado dispensaba al vendedor *in bonis* e insatisfecho, ya que, privado de toda significación económica, se había convertido en un lamentable «anacronismo jurídico». Por ello, la «reacción legislativa» frente al Derecho anterior justifica un análisis histórico de las normas, con el fin de aproximarnos al estudio de la regulación vigente, que prescinde de reglas especiales para el contrato de compraventa y establece una regulación general aplicable a los contratos con obligaciones recíprocas. El estudio de esa regulación general comprende tres aspectos fundamentales a los que el legislador ha tratado de dar respuesta: en primer lugar, el de los efectos del concurso sobre el contrato, al establecer la regla de la vigencia del contrato con prestaciones recíprocas; en segundo lugar, el de los efectos sobre los créditos originados en la contratación, al prever que se realicen con cargo a la masa las prestaciones a que esté

³⁰ Sobre el hecho constatado de que la acumulación de privilegios resultaba autodestructiva para el sistema de tutela del crédito, privándolo de sentido, v. GARRIDO, J. M., *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, cit., pgs. 133 y ss.

³¹ Esta necesidad fue expresada por el profesor ROJO en «Crisis de la empresa y procedimientos concursales», cit., pg. 278.

En el concurso los créditos privilegiados están sujetos al *principio de tipicidad o legalidad*, de modo que no se admitirán privilegios o preferencias que no estén reconocidos en la propia Ley Concursal (art. 89.2). Con ello, no solo se hace necesario que la creación de causas de preferencia cuente con apoyo legal, venga amparada por una norma, sino que, al mismo tiempo, se impide que esos privilegios surjan fuera de la Ley Concursal, al amparo de leyes especiales. De esta manera, los privilegios concursales constituyen un elenco cerrado de causas de preferencia no susceptible de interpretación extensiva o analógica, v. GARRIDO, J. M., «Art. 89. Clases de créditos», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 1600 y 1601.

obligado el concursado y, en tercer lugar, el de los medios de actuación de los que dispone el contratante no concursado, o contratante *in bonis*, en caso de concurso de la contraparte, al regular la resolución del contrato por incumplimiento dentro del concurso.

En principio, la normativa distingue dos situaciones: aquella en la que el contrato ha sido cumplido por uno de los contratantes y solo se encuentra pendiente de cumplimiento total o parcial por la otra parte, y aquella en la que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes. En el primer supuesto, si la parte *in bonis* cumplió y solo queda pendiente el cumplimiento del concursado, el contratante cumplidor tendrá un crédito concursal que se incluirá en la masa pasiva del concurso; mientras que si el concursado cumplió y solo queda pendiente el cumplimiento del contratante *in bonis*, el derecho de crédito a favor del concursado ingresará en la masa activa del concurso. En el segundo supuesto, cuando el contrato está pendiente de cumplimiento por ambos contratantes, el concurso no afectará a su vigencia y las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. Como veremos, el mantenimiento de los contratos tras el concurso resulta acorde con un procedimiento en el que prima la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 44 LC) y la conservación de la masa activa (art. 43 LC).

Sin embargo, la regla de la vigencia del contrato no impide su resolución en interés del concurso por parte de la administración concursal —en caso de suspensión— o del concursado —en caso de intervención—, así como tampoco su resolución por incumplimiento de cualquiera de los contratantes. Aunque, en este último caso, el juez del concurso podrá mantener el contrato atendiendo al interés del concurso. De modo que el contrato se mantiene tras la declaración de concurso de cualquiera de los contratantes, cuando no concurra un interés concursal favorable a su resolución, y podrá resolverse en caso de incumplimiento de los contratantes, cuando no concurra un interés concursal favorable a su mantenimiento. En cuanto a las consecuencias de la resolución: si el incumplimiento del concursado fue anterior a la declaración de concurso, el crédito será concursal, en tanto que si el incumplimiento del concursado fue posterior, estaremos ante un crédito contra la masa.

El contratante no concursado no podrá resolver el contrato como consecuencia de la declaración de concurso de la contraparte ni acordar, como cláusula contractual expresa, que el concurso constituya causa de resolución de la relación jurídica sinalagmática. Declarado el concurso deberá seguir cumpliendo las obligaciones a su cargo conforme a lo pactado y exponerse a que el contrato sea resuelto en interés del concurso. Además, si bien podrá instar la resolución por incumplimiento del concursado y liberarse de la contratación, el juez del concurso está facultado para enervar la resolución si constata un interés del concurso favorable al mantenimiento del contrato.

En esta regulación la composición de los intereses en conflicto tiene como criterio de referencia el interés del concurso. Un concepto jurídico que habrá de

determinarse acudiendo a los datos normativos de que disponemos: los preceptos legales, la Exposición de motivos de la Ley y el contexto legislativo y socio-económico en el que se origina. El interés concursal será el criterio legal dirigido a delimitar el arbitrio de los administradores concursales y del juez a la hora de decidir sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte. La determinación en cada caso de ese interés concursal dependerá de muchos factores: del conocimiento que se tenga de la situación patrimonial y financiera del deudor, de la fase procesal en la que nos encontremos, del mantenimiento de la actividad o del cierre o de la necesidad de procurar un convenio o realizar la liquidación e, incluso, de las consecuencias que se deriven de la eventual calificación del concurso como culpable. Por una parte, y en cuanto criterio interpretativo dirigido a delimitar la actuación de los órganos funcionales del concurso, introduce seguridad en el sistema jurídico y, en consecuencia, permite una reducción de los costes susceptibles de generarse por una actuación de los órganos que no cuente con la información adecuada. Por otra, esa misma necesidad de delimitar el criterio del interés concursal hace que los interesados perciban un cierto grado de incertidumbre en la normativa acerca de los posibles efectos del concurso sobre los contratos y de las consecuencias que su resolución voluntaria o por incumplimiento o su continuación por decisión judicial pueden tener para la masa activa.

No obstante, aunque con el criterio funcional del interés del concurso el legislador parece supeditar los intereses particulares de los contratantes al interés general del procedimiento, lo cierto es que la Ley Concursal no solo no deja desprotegido al contratante *in bonis*, sino que le proporciona un sistema de protección que puede llegar a vaciar de contenido el objetivo del interés concursal, ofreciendo incentivos a los sujetos interesados para que actúen en un determinado sentido, produciendo efectos no buscados o no deseados por el legislador. Así, en estas disposiciones se pone de manifiesto una regulación muy *tuitiva* de la parte *in bonis*, que convierte en créditos contra la masa los créditos a su favor derivados del mantenimiento o la resolución de los contratos. También la interpretación que algún sector de la doctrina ha hecho de alguna de estas normas abunda en ese sistema de protección del contratante no concursado. Ello trae consigo que la cuantía de los créditos a favor del contratante *in bonis* dentro de la larga lista de los créditos contra la masa (art. 84.2 LC) pueda llegar a constituir en muchos casos el criterio determinante del interés del concurso por la resolución del contrato o por su continuación, en cuanto alcance un coste para el procedimiento susceptible de decidir el grado de satisfacción de los acreedores. Si tenemos en cuenta la realidad práctica de concursos que acaban en liquidación, en los cuales no es posible continuar la actividad y en los que los activos sufren una importante depreciación debida muchas veces a la propia duración del procedimiento, lo que determina siempre un elevado coste, los créditos contra la masa derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a favor del contratante *in bonis*

constituyen con frecuencia una carga difícil de asumir y decisiva para la satisfacción de los acreedores concursales³².

Por otro lado, junto a la normativa general aplicable a los contratos con obligaciones recíprocas, la Ley Concursal dispone, al mismo tiempo, que dicha regulación general «no afectará al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda conforme a la ley», [y] «tampoco afectará a la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes» (art. 63). Se mantienen así las normas especiales que en el Derecho codificado regulaban los efectos de los procedimientos concursales sobre determinados contratos en particular.

En el Derecho anterior podían encontrarse normas dispersas por el Ordenamiento que preveían los efectos de la quiebra o de la suspensión de pagos sobre determinados contratos, y que, en algún supuesto aislado, se referían también al concurso o al beneficio de quita y espera³³. De ahí que se planteara la necesidad de

³² V. SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», cit., pg. 466. Con carácter general, el conflicto entre los créditos concursales y los créditos contra la masa se pone de manifiesto en BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, cit., y «Art. 84. Créditos concursales y créditos contra la masa», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, vol. I, cit., pgs. 1493 y ss. Así, a la hora de resolver el contrato en interés del concurso, la administración concursal deberá atender a la carga indemnizatoria que ello supone para la masa activa, v. VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en Cordón Moreno (dir.): *Comentarios de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, 2004, pg. 479. Por un lado, una resolución sin coste alguno podría llegar a convertirse en un medio adecuado para eludir los efectos vinculados al incumplimiento de los contratos, y se podrían fomentar comportamientos estratégicos de los deudores que llegarían a perjudicar al conjunto de sus acreedores, v. gr., en el supuesto en el que el deudor decide recurrir al concurso para «liberarse» sin coste alguno de contratos «incómodos» -v. BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002, pg. 385- o simplemente «busque» la declaración de concurso voluntario para modificar las condiciones de los contratos a su favor. Por otro, si tenemos en cuenta que el interés del concurso no puede entenderse únicamente como un criterio de conformación de la masa activa, que permita recuperar los activos que deben destinarse a la satisfacción de los acreedores, sino también como un criterio de conformación de la masa pasiva, que impida que la masa se grave con deudas que dificulten la solución concursal, la administración concursal podría verse compelida a mantener un contrato sin funcionalidad para el concurso, pero cuya resolución supone un elevado coste indemnizatorio.

³³ Los arts. 221.3.º y 222.3.º del CCom aludían a la disolución de la sociedad en caso de quiebra; el artículo 37 de la LCS, con respecto al seguro contra daños, se refería a los casos de suspensión de pagos, quita y espera, quiebra o concurso del tomador del seguro o del asegurado, y recogía la posibilidad de que el contrato continuara con los órganos concursales, sin perjuicio de que pudiera ser denunciado por ambas partes; el artículo 88 de la LCS, en relación con los seguros sobre la vida, contemplaba los casos de concurso o quiebra del tomador del seguro, supuestos en los que los órganos del procedimiento podrán exigir al asegurador la reducción del seguro; el artículo 1732.3.º del CC, establecía la extinción del mandato en caso de concurso o insolvencia del mandante o del mandatario; el art. 280 del CCom, disponía la rescisión del contrato de comisión en caso de inhabilitación del comisionista; el art. 26 de la LCA, permitía a cada una de las partes de un contrato de agencia pactado por tiempo determinado o indefinido denunciar el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, cuando la otra parte hubiere sido declarada en quiebra o suspensión de pagos; el art. 68.2 de la LPI, permite al autor resolver el contrato de edificación cuando a consecuencia de un procedimiento concursal se suspenda la explotación de la obra y no se reanude en el plazo fijado por el juez; y el art. 51.11 del ET, establecía que la declaración de quiebra producirá la continuidad de los contratos de trabajo, si así se acordase por los síndicos, por continuar la actividad de la empresa.

extraer de las previsiones concretas para determinados contratos una reglamentación de alcance general. Por su parte, la Ley Concursal al mantener la vigencia de las normas que establecían un régimen específico para determinados contratos en particular, se enfrenta a la necesidad de incardinar estos «supuestos especiales» en la regulación general.

En algunos casos, la normativa concursal ha modificado las disposiciones específicas previstas para algunos contratos con el fin de adaptarlas a los nuevos principios concursales. Así, los artículos 221.3.º y 222.3.º del Código de Comercio establecen como causa de disolución de la sociedad la apertura de la fase de liquidación de la compañía declarada en concurso o la apertura de la fase de liquidación en el concurso de cualquiera de los socios colectivos (disp. final 2.ª-3 y 4 LC). El artículo 37 de la Ley de Contrato de Seguro, en el seguro contra daños, dispone la aplicación de las normas previstas para el supuesto de transmisión del objeto asegurado (arts. 34 a 36) a los casos de declaración de concurso del tomador del seguro o del asegurado cuando se produzca la apertura de la fase de liquidación, y sin perjuicio de que tanto el asegurador como la administración concursal puedan rescindirlo (disp. final 28.ª LC). El artículo 26 de la Ley de Contrato de Agencia dispone «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, [...] cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso» (disp. final 29.ª LC). Del mismo modo, la Ley Concursal ha procedido a la oportuna modificación del Estatuto de los Trabajadores (art. 57 bis), donde se dispone la aplicación de la normativa concursal a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa (disp. final 14.ª en relación con los arts. 44.4 y 64 LC).

Sin embargo, en otros supuestos, no ha modificado la regulación preexistente y, aunque ha previsto que las referencias a la suspensión de pagos o al procedimiento de quita y espera se entenderán realizadas al concurso en el que no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, mientras que las efectuadas a la quiebra o al concurso de acreedores se entenderán dirigidas al concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación (disp. adic. 1.ª, reglas 1.ª y 2.ª), esta disposición no soluciona todos los problemas. Así, se mantienen en sus mismos términos, las disposiciones recogidas en el Código Civil para el contrato de sociedad (art. 1700.3.º) y para el contrato de mandato (art. 1732.3.º), y las previstas en el Código de Comercio para la comisión (art. 280)³⁴ y en la Ley de Contrato de Seguro (art. 88) para los seguros sobre la vida. También se mantiene inalterada tras la entrada en vigor de la Ley Concursal la posibilidad prevista en la Ley de Propiedad Intelectual de que el autor resuelva el contrato de edición cuando a consecuencia de un procedimiento concursal se

³⁴ Si bien el legislador sí contempla la modificación del art. 274, en relación con las comisiones de transporte, para establecer que concertado el correspondiente contrato de seguro «si el asegurador fuera declarado en concurso, el comisionista tendrá la obligación de concertar nuevo contrato de seguro, salvo que el comitente le hubiera prevenido otra cosa» (disp. final 2.ª-6 LC)

suspenda la explotación de la obra y no se reanude en el plazo fijado por el juez (art. 68.2).

La ausencia de reforma en estos preceptos podría plantear problemas de interpretación en cuanto que se refieren a la «insolvencia de cualquiera de los socios», o a la «insolvencia del mandante o del mandatario». En principio, no sería difícil reconducir tales situaciones al concurso de acreedores, ya que el legislador, en un intento de superar las discusiones doctrinales en torno al presupuesto objetivo de la quiebra que caracterizaron el Derecho codificado³⁵, establece que la insolvencia constituye el presupuesto objetivo del concurso (art. 2 LC). No obstante, podría plantearse si esos efectos del concurso sobre el contrato de sociedad o el mandato se prevén solo para el supuesto de apertura de la fase de liquidación o también deben entenderse aplicables en caso de convenio. Tengamos en cuenta que, con arreglo a la legislación anterior, el convenio era la solución característica de la suspensión de pagos y que la insolvencia no constituía en la práctica presupuesto exclusivo de la quiebra, ya que la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 preveía que el juez, en el propio auto de declaración del estado de suspensión de pagos, declarase si debía considerarse al deudor suspenso en estado de insolvencia provisional o de insolvencia definitiva (art. 8)³⁶. De modo que, si la insolvencia podía entenderse tanto presupuesto de la quiebra, un procedimiento encaminado en principio a la liquidación del patrimonio del deudor, cuanto presupuesto de la suspensión de pagos, un procedimiento dirigido a la consecución de un convenio entre el deudor y sus acreedores, y la Ley Concursal recoge ambas soluciones para el concurso (Exp de mot. ep. VI), habría que considerar aplicables los efectos previstos para esos contratos tanto en el supuesto de que se produzca la apertura de la fase de liquidación, cuanto en el caso de que la solución del concurso sea el convenio³⁷. Por el contrario, si la normativa alude exclusivamente a los supuestos de concurso o quiebra, habrá que entender que se refiere al supuesto de concurso con apertura de la fase de liquidación. De modo que, en el seguro sobre la

³⁵ V., al respecto, SUÁREZ LLANOS, L., *El estado de insolvencia*, Santiago de Compostela, 1970. Ha de tenerse en cuenta que el estado de insolvencia que establece la Ley Concursal no se corresponde con una situación contable o con una situación patrimonial determinada (déficit o iliquidez). Como se ha puesto de manifiesto, «la Ley Concursal ha prescindido por completo de la que podríamos denominar “concepción patrimonial” de la insolvencia, para la que la situación de desbalance o déficit patrimonial es esencial [...] y ha seguido una “concepción funcional” en la que el centro de gravedad se sitúa en el hecho objetivo de la imposibilidad de cumplir, cualquiera que sea la causa de esa imposibilidad», v. ROJO, A., «Art. 2. Presupuesto objetivo», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 170. También, BELTRÁN, E., «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *ADCo*, 11, 2007-2, pg. 40.

³⁶ Sobre esta distorsión de los institutos concursales mercantiles, v., *supra*, n. 14.

³⁷ A esta solución contribuye el hecho de que cuando la normativa anterior hacía referencia exclusivamente a la quiebra (arts. 221.3.º y 22.3.º CCom), la reforma de esos preceptos se ha producido en el sentido de considerar únicamente el supuesto de la apertura de la fase de liquidación, en tanto que si la regulación anterior aludía a la quiebra y a la suspensión de pagos (art. 26 LCA), o también al concurso de acreedores y al beneficio de quita, la reforma ha considerado que tales efectos se desencadenaban ante la declaración de concurso y, en consecuencia, tanto en caso de convenio, como en el supuesto de liquidación.

vida, cuando se produzca la apertura de la fase de liquidación en el concurso del tomador del seguro, la administración concursal podrá exigir al asegurador la reducción del seguro (art. 88 LCS).

En cuanto a los supuestos de inhabilitación del comitente y del comisionista (art. 280 CCom) habrían de entenderse referidos a la quiebra. La inhabilitación del quebrado constituía el principal efecto del procedimiento sobre las facultades patrimoniales de administración y disposición del deudor³⁸. En la Ley Concursal, esta consecuencia ha quedado reducida al ámbito de los efectos de la sentencia de calificación del concurso como culpable (art. 172 LC), y sigue constituyendo una medida que impide al sujeto el ejercicio de la actividad mercantil (art. 13 CCom)³⁹. En consecuencia, para que proceda la rescisión del contrato de comisión en caso de concurso del comisionista o su revocación por los órganos concursales en caso de concurso del comitente, será preciso que, abierta la fase de calificación del concurso (art. 167 LC), este haya sido calificado como culpable (arts. 164 y 165 LC) y el juez haya acordado en la sentencia de calificación la inhabilitación del comitente o del comisionista (art. 172.2-2.º LC). Hemos de tener en cuenta que, bajo el derecho anterior, la fundamentación de estas normas se encontraba en el hecho de que la relación contractual estaba basada en la confianza, y la apertura del procedimiento concursal originaba una ruptura de la confianza entre los contratantes que hacía incompatible el mantenimiento del contrato con los efectos que la insolvencia declarada generaba sobre las facultades patrimoniales del deudor y, en general, con los cambios que se producían en su situación jurídica⁴⁰. En la Ley Concursal aquellos efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor no contemplan su «inhabilitación», sino la intervención y la suspensión (art. 40 LC), por lo que parece posible entender que, en tanto aquella contratación pueda ser asumida por el concursado «intervenido» o los administradores concursales en caso de suspensión, el contrato podrá mantenerse no obstante la declaración de concurso de cualquiera de los contratantes.

³⁸ V., al respecto, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Los efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1991. Y, de la misma autora, *La inhabilitación del quebrado. Ámbito temporal*, Pamplona, 2002; también, *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid, 1993.

³⁹ Si bien, frente al rigor inicial de la normativa, la Ley de Reforma de la Ley Concursal 38/2011 recupera la redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal, en el sentido de que cuando se «hubiera autorizado al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada, los efectos de la autorización se limitarán a lo específicamente previsto en la resolución judicial que la contenga».

⁴⁰ V. GARCÍA VILLAVARDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», en AA. VV.: *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, cit., pgs. 328 y 329. En la doctrina tradicional sobre las relaciones jurídicas preexistentes, la vinculación entre el elemento personal y el elemento patrimonial propia de los contratos con *intuitus personae* constituye un punto de referencia, v. FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, 1992, pgs. 154 y ss.

En definitiva, la normativa general sobre los contratos con obligaciones recíprocas no impide la aplicación de aquellas disposiciones que prevén la resolución del contrato en determinados supuestos o su denuncia unilateral. De modo que, por un lado, la Ley Concursal no contiene toda la regulación en materia de efectos del procedimiento sobre los contratos y, por otro, se suscita la cuestión de si nos encontramos ante excepciones a las reglas generales previstas para los contratos con obligaciones recíprocas —el propio artículo 63 habla de «supuestos especiales»—, excepciones que actuarían como límites a la aplicación de esas reglas generales, o ante una extensión de esas previsiones generales por la que se admitiría la posibilidad de extinción de los contratos mediante otras fórmulas semejantes a la resolución por incumplimiento, como es la denuncia unilateral en los contratos de tracto sucesivo si esta procede conforme a la Ley. A nuestro juicio, frente a la regla de la vigencia del contrato, tan excepcionales resultarían los supuestos previstos en el artículo 63 de la Ley Concursal, como la resolución por incumplimiento que contempla el artículo 62⁴¹.

II. DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS EN EL CONCURSO: EL CONFLICTO DE INTERESES ENTRE EL CONTRATANTE *IN BONIS* Y EL CONCURSADO

En el momento de la declaración de concurso encontramos pendientes de cumplimiento contratos concluidos por el deudor con anterioridad a la apertura del procedimiento. Dichos contratos pueden haberse pactado individualmente, en pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, o bien puede tratarse de contratos de adhesión con condiciones generales predispuestas por uno de los contratantes. En cualquier caso, el número y la trascendencia de tales contratos serán mayores si el deudor es un empresario. Tanto si la situación de crisis se produce tras un periodo de notable actividad en la empresa, como si es el resultado previsible de un proceso de

⁴¹ En este sentido se ha puesto de manifiesto que «en unos casos, el régimen especial excluirá el régimen general (esto es, excluirá la aplicación del art. 61): así sucederá, p. ej., con un contrato de mandato (bilateral) en el que se hubiera incluido una cláusula de extinción automática por la declaración de concurso del mandatario. En otros supuestos, en cambio, la norma especial no excluye la aplicación del régimen general, bien porque aquella no entra en aplicación con la declaración de concurso, sino, en su caso, con posterioridad (así, ocurre, p. ej., con el contrato de seguro), bien porque la norma especial debe hacerse valer por un determinado sujeto, de manera que, en tanto la misma no sea invocada, la relación contractual estará sometida al régimen general (eso será lo que sucederá, v. gr., con el contrato de agencia)», v. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, cit., pg. 1124.

Tengamos en cuenta que la atribución a estas normas de un carácter excepcional impediría su aplicación extensiva o analógica a supuestos diversos de los específicamente acotados, como son aquellos supuestos contractuales, que por carecer de una regulación específica —atipicidad— no tienen reconocida por el legislador la facultad de denuncia unilateral del contrato, si bien su aplicación respondería a los mismos parámetros que la justifican en todos los contratos de duración indefinida, v. BONARDELL LENZANO, R., *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, Valencia, 2006, pgs. 91 y ss. Para este autor, no nos encontramos ante normas excepcionales, ya que su fundamento, semejante al del artículo 61.3, se concretaría en impedir que, por la vía del principio de autonomía de la voluntad de las partes, la declaración de concurso se convierta en causa de extinción de una relación contractual *cuando ello no resulte del Derecho general de los contratos*, v., ídem, pg. 93.

dificultades económicas, encontraremos en curso de ejecución en el momento de la declaración de concurso contratos que habrán influido en mayor o menor grado en el surgimiento de la crisis, y que determinarán en gran medida la evolución y el desarrollo posterior de dicha situación, de tal manera que, en muchos casos, la suerte de esos contratos dependerá de la solución que se dé en el seno del procedimiento a la insolvencia del empresario⁴².

El concurso de acreedores es un procedimiento de ejecución colectiva dirigido a la satisfacción de los acreedores con arreglo al principio de la paridad de trato⁴³. En

⁴² Aunque sería de gran utilidad que el concursado facilitara a la administración concursal una relación de los contratos pendientes cuando solicite el concurso, esta exigencia no se recoge de modo expreso en la normativa, si bien al elaborar la lista de acreedores el deudor deberá recoger *el vencimiento de los respectivos créditos* (art. 6.2-4.º LC). Contar con una relación detallada de los contratos pendientes con sus características básicas y condiciones de ejecución facilitaría una pronta decisión de los administradores concursales sobre los contratos que deberán seguir cumpliéndose con cargo a la masa y los que deberán resolverse en interés del concurso.

Ahora bien, la falta de previsión legal puede subsanarse por la vía de los documentos de presentación postestativa y por la vía del deber de colaboración. En el primer caso el deudor, junto a los documentos de presentación obligatoria que deben acompañar la solicitud de concurso voluntario, podrá presentar «cuantos documentos considere oportunos» y sean de utilidad para el procedimiento —v., ROJO, A., «Art. 6. Solicitud del deudor», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 250—. En el segundo caso, ante el deber de colaboración que pesa sobre el concursado (art. 42 LC), la administración concursal o el propio juzgado podrán requerir del deudor en cualquier momento una relación de los contratos pendientes. Hay que tener en cuenta que en su informe la administración concursal debe presentar un inventario de bienes del deudor y una lista de acreedores con relación separada de «los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago» (art. 94.4 LC), y para ello será preciso determinar con carácter previo la suerte de los contratos pendientes una vez declarado el concurso.

⁴³ En la Exposición de motivos de la Ley Concursal, el legislador considera que «el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso». Este principio ha sido para la doctrina tradicional la piedra angular del sistema concursal, tanto desde una perspectiva procesal, cuanto desde un punto de vista sustantivo. La *par condicio creditorum* se realizaba al prohibir las acciones ejecutivas individuales, al permitir el ejercicio de las revocatorias concursales y también al imponer la ley del dividendo y someter los créditos a un trato proporcional. En esa concepción se llega a identificar *par condicio* o igualdad de trato y principio de proporcionalidad o ley del dividendo. Sin embargo, esta visión tradicional no lograba explicar el sistema de convivencia entre la igualdad de trato y la existencia de causas de prelación en sede concursal. Los intentos doctrinales en tal sentido se tradujeron en hondas contradicciones, llegando a afirmarse que la igualdad de trato se realiza a través de las diversas causas de prelación: si la igualdad exige el trato paritario de todos los acreedores que se hallan en la misma situación, la igualdad en el concurso se realiza dentro de la desigualdad. Así, las dificultades para encajar la igualdad dentro del número cada vez mayor de causas de preferencia condujeron a algunos autores a relativizar la *par condicio creditorum*, atribuyéndole un valor residual dentro del procedimiento concursal, v., al respecto, PAJARDI, P., *Radici e ideologie del fallimento*, Milán, 1992, pgs. 33 y ss., en especial, pg. 39. De hecho, en la doctrina italiana la noción de *par condicio* se vio prácticamente superada por la introducción del concepto de «clases de acreedores» mediante el DL 347/2003, de 23 de diciembre, art. 4 bis, (conocido como Ley Marzano), que regula la administración extraordinaria especial de empresas de muy grandes dimensiones, v. TEDESCHI, G. U., *Manuale del nuovo Diritto fallimentare*, Padua, 2006, pgs. 271 y 272.

La crítica a la concepción tradicional ha puesto de manifiesto la necesidad de distinguir el principio de proporcionalidad y la regla de la *par condicio creditorum*, ya que tanto desde una perspectiva histórica como desde el derecho vigente, no resultan identificables. La proporcionalidad se encuentra en los antecedentes históricos de los institutos concursales, en el Derecho romano y en el Derecho estatutario italiano, donde tuvo su origen la quiebra como institución propia de comerciantes. La *par condicio*, en cambio, se debe a la doctrina jurídica posterior —siglo XVIII— y representa una de las múltiples manifestaciones del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico. Así, mientras que la regla de la

cuanto procedimiento encaminado a la tutela de los derechos de crédito desencadena una serie de efectos patrimoniales sobre el deudor y los acreedores. Los efectos del concurso sobre las facultades patrimoniales de deudor se traducen en limitaciones al ejercicio de sus facultades de disposición y administración sobre los bienes. Esas limitaciones suponen que, o bien el deudor queda sometido en el ejercicio de tales facultades «a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad», o bien verá suspendido ese ejercicio, «siendo sustituido por los administradores concursales» (art. 40 LC)⁴⁴. En el primer supuesto el deudor permanece al frente de las relaciones jurídicas concluidas con anterioridad a la declaración de concurso⁴⁵. En el segundo caso, ante esas relaciones preexistentes, la administración concursal ocupará unas veces la posición de tercero, otras la de causahabiente del propio deudor. Será tercero respecto de ciertos actos realizados por el deudor que el concurso debe desconocer porque, bien no le son oponibles, bien solo se le pueden oponer dentro de ciertos límites y en determinadas circunstancias⁴⁶. Además, actuará como causahabiente del concursado en cuanto «sucesor» de este en aquellas relaciones jurídicas constituidas por el deudor con terceros⁴⁷. Desde la primera

proporcionalidad se concibe como una norma que regula el tratamiento de los créditos en el concurso, la igualdad de trato constituye un principio general abstracto y, por tanto, incapaz de regular la realidad. En consecuencia, solo tiene sentido hablar de *par condicio* en los procedimientos concursales si se reconduce a la regla de la proporcionalidad, prevista para regular la repartición del activo, y se separa del principio de igualdad. V., por todos, GARRIDO, J. M., *Preferenza e proporcionalita nella tutela del credito*, Milán, 1998, pgs. 279 y ss, en especial, pgs. 289 a 315.

Esta parece ser la orientación que sigue el legislador concursal cuando alude al principio de igualdad al referirse a la materia de clasificación de los créditos y recoge los créditos privilegiados y los créditos subordinados como *excepciones* a la regla de la igualdad de tratamiento de los acreedores, excepciones que han de ser «muy contadas y siempre justificadas», v. Exp. de mot., ep. V LC.

⁴⁴ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 40. Facultades patrimoniales del deudor», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, vol. I, cit., pgs. 771 y ss.

El hecho de que la Ley Concursal al regular los efectos del concurso sobre el deudor se refiera únicamente a los efectos patrimoniales no significa que el concurso no genere *efectos personales*, si bien la normativa reduce considerablemente tales efectos con respecto al Derecho anterior (arts. 41 y 47 LC), y los vincula fundamentalmente a la apertura de la liquidación (arts. 145 y 147 LC) y a la calificación del concurso como culpable (art. 172 LC).

⁴⁵ En cuanto a la naturaleza de la labor interventora de los administradores concursales, v. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, Pamplona, 2005, pgs.110 y ss.

⁴⁶ V., respecto a los efectos sobre las relaciones jurídicas preexistentes, si bien las obras van referidas al procedimiento de quiebra, BONELLI, G., *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, vol. II, Milán, 1923, pgs. 548 y ss. y RAMIREZ, J. A., *La quiebra*, Barcelona, 1998, t. II, pgs. 1252 y ss.

⁴⁷ Respecto de la naturaleza de la labor del órgano concursal «sustituto», v., TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., pgs. 67 y ss, en especial, pgs. 92 y ss. Partiendo de un detenido análisis de las diversas concepciones doctrinales, el autor explica la naturaleza jurídica de la administración concursal en base a la *teoría de la legitimación funcional indirecta*. Conforme a esta teoría el órgano concursal no puede considerarse en sentido estricto ni «sucesor» ni «sustituto» ni «representante» del deudor o de los acreedores, sino que estaríamos ante un órgano legitimado para realizar actuaciones eficaces sobre una esfera jurídica de la que no es titular en ejercicio de una función determinada por la Ley.

En cuanto a la posición de la administración concursal en la específica relación jurídica concluida por el deudor con terceros, dicha posición está jurídicamente configurada por las características de la relación jurídica existente entre el concursado y el tercero antes del concurso. Los administradores concursales

perspectiva no será oponible al concurso la cláusula de reserva de dominio en una compraventa de bienes muebles no inscrita (art. 91.1-4.º y 2 LC). Desde la segunda, la administración concursal reclamará frente al tercero el crédito a favor del deudor y le serán oponibles por aquel las excepciones que tuviese contra el concursado.

El concurso podrá encontrar pendientes relaciones jurídicas generadoras de obligaciones personales o reales a cargo o a favor del concursado. Si se trata de una relación crediticia frente al concursado, se verá sometida a los efectos propios del procedimiento sobre los créditos en particular (prohibición de compensación, suspensión del devengo de intereses, suspensión del derecho de retención e interrupción de la prescripción, arts. 58, 59, 59 bis y 60 LC)⁴⁸. En cambio, si el vínculo tiene naturaleza real, tratándose de un vínculo real perfecto y, por tanto, válidamente constituido, será eficaz no solo *inter partes*, sino también frente a terceros, de modo que resultará oponible al concurso (cláusula de reserva de dominio en una compraventa a plazos de bienes muebles debidamente inscrita, art. 15 LVPBM en relación con el art. 90.1-4.º y 2).

Por otra parte, si la relación jurídica preexistente a la declaración de concurso genera obligaciones personales o reales a favor del propio deudor, el crédito podrá ser reclamado por el deudor sujeto a intervención, o por la administración concursal en caso de sustitución del concursado⁴⁹.

Sin embargo, es posible que la relación jurídica no se resuelva en un vínculo activo o pasivo, en una obligación a favor o a cargo del concursado. Con frecuencia nos encontraremos ante una relación en la que el derecho a la prestación a favor del concursado tiene como contrapartida un deber de prestación a su cargo, y las consecuencias para el concurso derivadas de una relación de carácter unilateral no son las mismas que se producen ante una relación de naturaleza bilateral o recíproca. En el

ocuparán la misma situación que el concursado en todos aquellos derechos que se encuentren en el patrimonio concursal anteriores a la apertura del procedimiento y debidos a su actividad, v. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., pg. 93.

⁴⁸ Además, en caso de apertura de la liquidación a los efectos citados se añaden otros: el vencimiento anticipado de los créditos y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones (art. 146 LC). En la legislación anterior, todos estos efectos se desencadenaban al mismo tiempo como consecuencia de la declaración judicial de quiebra, a excepción de la interrupción de la prescripción, que constituye una novedad de la Ley Concursal.

Desde la doctrina tradicional se ha atribuido a estos efectos una discutible justificación práctica o funcional dentro del procedimiento concursal, en la medida en que se dirigen a facilitar la liquidación y evitar las situaciones de desigualdad entre los acreedores, v. RUBIO GARCÍA-MINA, J., «La declaración de quiebra y los créditos pendientes (banca y quiebra)», *AAMN*, 1959, pgs. 215 y ss. También, GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., *Efectos del concurso sobre los créditos*, Valencia, 2009.

⁴⁹ En este sentido, el art. 54 LC regula la legitimación para el ejercicio de acciones correspondientes al deudor frente a terceros con posterioridad a la declaración de concurso, ya sean promovidas por este en caso de intervención (art. 54.2), ya por la administración concursal en caso de suspensión (art. 54.1), y se contempla también la posibilidad de que los acreedores promuevan, como legitimados subsidiarios, acciones de naturaleza patrimonial (art. 54.4).

primer caso, si la relación origina una obligación a favor del concursado, un elemento activo pasará a engrosar la masa de bienes del concurso, y si da lugar a una obligación a su cargo, un elemento pasivo incrementará la masa acreedora. En el segundo caso, de la relación bilateral derivan al mismo tiempo un derecho de la masa a la prestación y una obligación a su cargo por la contraprestación. De modo que el incremento de la masa activa lleva parejo un incremento de la masa pasiva. Por una parte aumenta el patrimonio sujeto a ejecución pero, por otra, se incrementa al mismo tiempo el número de acreedores que habrán de ser satisfechos en sede concursal⁵⁰. Esta situación deriva de la naturaleza propia de las obligaciones bilaterales, en las que prestación y contraprestación aparecen íntimamente unidas, y se produce una interdependencia o nexo causal entre los dos deberes de prestación. Dicha estructura atribuye a la obligación un funcionamiento específico, que en el ámbito del Derecho civil se manifiesta a través de dos mecanismos especiales de protección del derecho de crédito: la excepción de contrato incumplido y la facultad de resolución por incumplimiento.

El Derecho civil no ofrece una definición legal de las obligaciones recíprocas, sino que regula determinados efectos característicos de las mismas. Por una parte, cuando los sujetos se encuentran recíprocamente obligados, el cumplimiento de uno de ellos coloca al otro en situación de mora (art. 1100 *in fine* CC)⁵¹. Por otra, en caso de obligaciones recíprocas la facultad de resolución por incumplimiento corresponde a uno de los obligados si el otro no cumple o no está dispuesto a cumplir (art. 1124 CC). De ello se deduce que si «ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir», cada parte podrá evitar el cumplimiento de su obligación mientras la otra parte no cumpla sin incurrir en mora. De modo que ninguno de los sujetos obligados puede exigir el cumplimiento de la otra parte sin ofrecer su propio cumplimiento, ya que en tal caso aquel a quien se exige el cumplimiento podrá oponer a la otra parte su falta de cumplimiento. Desde que uno de los obligados cumple comienza la mora para el otro y el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. Estas garantías para el contratante cumplidor derivan del hecho de que la reciprocidad impone como regla general el cumplimiento simultáneo de las prestaciones a cargo de ambos contratantes. Las prestaciones deben ser realizadas simultáneamente por los contratantes, siempre y cuando de los hechos y circunstancias de la contratación no se derive que una prestación debe ejecutarse antes que la otra, pues en ocasiones, las partes, los usos del tráfico o la propia naturaleza de las cosas pueden imponer un

⁵⁰ La combinación de derechos y obligaciones surgidos de una misma relación jurídica justifica su tratamiento dentro del concurso, v. JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, cit., pgs. 105 y 106.

⁵¹ Con independencia de que además del cumplimiento se exija o no el correspondiente requerimiento judicial o extrajudicial, v., entre otros, sobre este debate, DIEZ-PICAZO, L., «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», *ADC*, 1964, pgs. 383 y ss; también, ALBALADEJO, M., «La mora en las obligaciones recíprocas», *RCDI*, 464, 1968, pgs. 9 y ss; y OGAYAR Y AYLLON, T., «Incumplimiento de las obligaciones recíprocas», *RGLJ*, 1981, pgs. 259 y ss.

distanciamiento temporal entre las prestaciones. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han reforzado el sistema de defensa del acreedor perjudicado por el retraso en el cumplimiento, por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso mediante la excepción de incumplimiento contractual. De manera que «cada parte puede rehusar o rechazar el cumplimiento de la obligación prevista a su cargo, mientras la otra parte no cumpla con la suya»⁵².

Al mismo tiempo, en las obligaciones recíprocas, el riesgo de la prestación puede tener también especiales consecuencias. Si una de las partes no cumple por caso fortuito o fuerza mayor, esto es, por concurrir una causa que no le es imputable, la otra tampoco tiene por qué cumplir, y queda libre de su obligación, salvo que se haya estipulado lo contrario. No obstante, esta interpretación no ha sido admitida de forma pacífica. Algunos consideran que en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación no se produce una extinción automática de la contraprestación, sino que se aplicará el artículo 1124 del Código Civil, y la contraparte podrá pedir la resolución, y liberarse así de su obligación⁵³.

Por tanto, en los supuestos de obligaciones recíprocas nos encontramos ante mecanismos específicos de defensa de la parte que padece el incumplimiento y que ha cumplido o está dispuesta a cumplir que tendrán singular trascendencia en una situación concursal. En principio, la aplicación estricta de las reglas concursales exigiría el sometimiento del acreedor *in bonis* al concurso, de modo que a cambio del cumplimiento íntegro de la prestación a su cargo solo podrá comunicar su crédito por la contraprestación en el procedimiento, y queda sujeto al convenio o a la liquidación⁵⁴.

⁵² V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Pamplona, 2008, pg. 803.

⁵³ V. ALBALADEJO, M., *Curso de derecho civil español*, t. II, Barcelona, 1984, pgs. 57 a 59, también, DIEZ-PICAZO, L., «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», *ADC*, 1964, pgs. 383 y ss, en especial, pg. 393; y ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, pg. 124. Esta opinión se funda en que el texto del art. 1124 CC no exige el requisito de la culpa. De ahí que los autores se muestren más propensos a considerar la acción resolutoria como una medida de protección del interés del contratante cumplidor que como una medida de sanción del incumplidor, v. DÍEZ-PICAZO, L., «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», cit., pg. 399, y del mismo autor, *Fundamentos de derecho civil*, cit., pg. 815 y pgs. 837 a 839; también, ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, cit., pg. 118. Frente a esta opinión, v., por todos, PUIG PEÑA, F., «La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral», *RGLJ*, 1966, pgs. 9 y ss.

Destaca asimismo la opinión particular de ESPINAR LAFUENTE, F., «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, vol. II, Pamplona, 1969, pgs. 113 y ss. A juicio de este autor, los conceptos de culpa y de incumplimiento imputable en el Derecho civil tienen una significación distinta de la que poseen en Derecho penal o en el ámbito de la ética. La culpa en el Derecho civil se encontraría incluida en el mismo concepto de incumplimiento. De modo que solo se puede hablar de incumplimiento cuando este es culpable, y cuando no concorra culpa no habrá tampoco incumplimiento, v., especialmente, pgs. 138 a 140.

⁵⁴ Desde un punto de vista funcional, si el concurso se dirige a la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente, esa finalidad exige que dichos acreedores ya no puedan obrar en base a su interés particular, sino que deban actuar en función del interés común dirigido a obtener el máximo valor del patrimonio sujeto al procedimiento. Así, el concurso afecta necesariamente al contenido de los derechos de crédito,

Frente a ello, la aplicación de las reglas de Derecho civil para las obligaciones sinalagmáticas supone que el concursado solo puede pretender la prestación a favor del concursado si ofrece a su vez el cumplimiento de la prestación a favor del contratante *in bonis*. Ese cumplimiento habrá de ser un cumplimiento íntegro, de acuerdo con los principios de equidad y justo equilibrio de las prestaciones que rigen la contratación bilateral. El contratante *in bonis* tendría la facultad de cumplir la prestación a su cargo y comunicar en el concurso su crédito por la contraprestación, sometiéndose a la solución convenida o participando del resultante de la liquidación, pero en ningún caso está obligado a hacerlo. De hecho, si los órganos concursales le reclaman el cumplimiento puede oponer la excepción de incumplimiento contractual y «retener» la prestación a su cargo hasta que el concursado o los órganos del procedimiento cumplan la contraprestación u ofrezcan el cumplimiento y presten la correspondiente garantía. De modo que, una vez abierto el procedimiento, el concursado o la administración concursal deberán cumplir las obligaciones derivadas del contrato bilateral pendiente con cargo a la masa. En el supuesto de que el deudor o la administración concursal no cumplan u ofrezcan el cumplimiento, el acreedor *in bonis* podrá pedir la resolución del contrato, lo que le libera de su propia obligación, y reclamar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Como podemos constatar, el recurso a la excepción de incumplimiento contractual o a la facultad de resolución por incumplimiento coloca al acreedor *in bonis* en una situación de privilegio respecto del resto de acreedores del concursado. Estos instrumentos jurídicos lo sitúan al margen del concurso al garantizarle un cumplimiento íntegro o liberarlo de su propia obligación, y plantean el problema de determinar la calificación concursal del crédito resultante de la indemnización.

Tradicionalmente, y desde un punto de vista comparado, los ordenamientos han tratado de conciliar las reglas que rigen el Derecho concursal con los mecanismos de tutela que derivan de la contratación bilateral⁵⁵. Aunque esta finalidad no ha supuesto un obstáculo para que en muchas ocasiones se impongan soluciones legales por razones puramente políticas, de tutela del procedimiento o de un determinado interés contractual⁵⁶.

pero respeta su valor, v. GARRIDO, J. M., *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, cit., pgs. 9 y ss.

⁵⁵ Esta necesidad de conciliar la finalidad del concurso con la tutela de los contratantes en una relación bilateral se encuentra en la regulación general que establece el Derecho alemán en la *Konkursordnung (KO)* de 1877, vigente hasta el 1 de enero de 1999. V., entre otros, KILGER J. y SCHMIDT K., *Insolvenzgesetze (KO/VerglO/GesO)*, Múnich, 1997, pg. 106. También, respecto de la *Insolvenzordnung (InsO)*, v. SMID, S., *Insolvenzordnung Kommentar*, Stuttgart-Berlín-Colonia, Kolhhammer, 2001, pg. 573.

⁵⁶ En este sentido, debe destacarse la regulación prevista para los contratos de trabajo en el derecho que regulaba la quiebra. La normativa permitía entender que la declaración de quiebra no producía sobre el contrato de trabajo en curso otro efecto que el de sustituir *ex lege* a una de las partes de la relación laboral —empresario— por un sujeto distinto —el síndico—. La continuación de la relación laboral se producía automáticamente con los órganos del procedimiento, con independencia de la continuación o no del

1. Las soluciones del derecho comparado

1.1. El Derecho italiano

La regulación contenida en la *legge fallimentare* no se limita a los contratos con prestaciones recíprocas sino que abarca «los efectos de la quiebra sobre las relaciones jurídicas preexistentes» —sección IV, cap. III, arts. 72 a 83 bis—⁵⁷. Un título que tampoco refleja exactamente el contenido de la normativa⁵⁸. No obstante, la disciplina

ejercicio del negocio, y la quiebra no podía ser alegada por las partes como una causa de resolución de la relación de trabajo. Los principios de continuidad de la empresa y de tutela preferencial del trabajador fundamentaban tales conclusiones, v. ALBIOL MONTESINOS, I., «La estabilidad de la relación de empleo en los casos de quiebra del empresario», *Revista de Política Social*, 70, 1966, pgs. 31 y ss. Por su parte, PÉREZ PÉREZ, M., consideraba que los procedimientos concursales están funcionalmente ordenados para satisfacer los intereses económicos de los acreedores, si bien el *interés de los trabajadores* constituye un interés especial que justifica su protección legal mediante el reconocimiento de privilegios, el derecho de separación o la consideración como deudas de la masa de los créditos laborales devengados con anterioridad a la declaración judicial de apertura concursal. En el mismo sentido, toda normativa reguladora de los efectos de la declaración judicial de apertura concursal sobre los contratos de trabajo habría de atender las exigencias propias y particulares de la conservación de la empresa, en cuanto medida de política legislativa de defensa de la producción y del empleo, v., *La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empleador*, Barcelona, 1980, pgs. 31 y ss.

Asimismo, en el Derecho italiano, caracterizado por atribuir una regulación particular de los efectos de la quiebra a las diferentes relaciones contractuales, encontramos otros ejemplos. Tradicionalmente se alude a la regulación contenida en el art. 80 de la *legge fallimentare*, sobre el arrendamiento de inmuebles. Con arreglo a esta norma, la quiebra del arrendador no resuelve el contrato y la sindicatura ocuparía el lugar del quebrado. Para la doctrina, la ratio del precepto se encuentra en la necesidad de tutela de los intereses del arrendatario —v. GUGLIELMUCCI, L., «Art. 72», en Jorio (dir.): *Il nuovo Diritto fallimentare*, t. I, Bologna, 2006, pg. 1120, y en la misma obra colectiva, el comentario al art. 80 de IOZZO, F., «Art. 80» en Jorio (dir.): *Il nuovo Diritto fallimentare*, t. I, cit., pgs. 1275 y ss—.

Por otra parte, destacan especialmente en la regulación actual, las disposiciones previstas para la tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de inmuebles en construcción. Así, el Real Decreto Legislativo 122, de 20 de junio de 2005, cuyo art. 11 introduce un nuevo art. 72 bis en la *legge fallimentare* relativo a la quiebra del vendedor en los contratos de inmuebles en construcción. Esta normativa no se enfrenta directamente a las disposiciones generales sobre las relaciones pendientes. Ante la regla de la suspensión de la ejecución del contrato hasta que la sindicatura decida asumirlo o resolverlo (art. 72 *legge fallimentare*), no prevé ni la resolución del contrato ni su continuación *ex lege*, sino que atribuye al adquirente un poder de autotutela del crédito, en cuanto la decisión sobre la resolución no pertenece solo a la sindicatura sino también al adquirente, el cual, hasta que la sindicatura decida y comunique su intención de sustituir al quebrado en la contratación, puede, a su vez, decidir y comunicar la resolución del contrato. V. DI MARZIO, F., «Art. 72 bis.», en Jorio (dir.): *Il nuovo Diritto fallimentare*, cit., pgs. 1137 y ss.

⁵⁷ La expresión procede del proyecto de *legge fallimentare* elaborado por BONELLI y responde al tratamiento que el autor daba a la materia en su comentario al Código de Comercio de 1882 —v. *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, Milán, 1923, pgs. 533 y ss—, donde, en relación al momento de la declaración judicial de quiebra distingue entre las relaciones jurídicas sucesivas y las relaciones jurídicas preexistentes. Dentro de estas últimas aborda tanto el estudio de las relaciones corresponsivas o de los contratos bilaterales anteriores, cuanto de aquellas relaciones que solo originan obligaciones a cargo de un contratante, quebrado o parte *in bonis* —v. ídem, pgs. 548 y ss—.

⁵⁸ En principio, el contenido material no se agota en esta sección, ya que el art. 83, relativo a los efectos de la quiebra del editor sobre el contrato de edición, contiene una norma de remisión a la legislación especial. Al mismo tiempo, hay un precepto que no se corresponde con esta materia, el art. 83 bis, relativo a los procedimientos arbitrales; y debería incluirse aquí la regulación de la renta perpetua y de la renta

recogida en el artículo 72 pone de manifiesto que la problemática de los contratos en los procedimientos concursales se suscita generalmente en el ámbito de los contratos con prestaciones corresponsivas pendientes de cumplimiento por ambos contratantes al tiempo de la declaración de quiebra⁵⁹. El precepto recoge una regla general aplicable a aquellas situaciones en las que el contrato aún no ha sido ejecutado completamente por ambos contratantes cuando se declara la quiebra de uno de ellos. En tal caso, y salvo que expresamente se disponga otra cosa en una norma particular, la ejecución del contrato se suspende hasta que la sindicatura, con autorización del comité de acreedores, declare si entra en la relación en el lugar del quebrado —*subentrare nel contratto*—, asumiendo las obligaciones a su cargo, o bien lo resuelva —*sciogliersi*—. Con el fin de promover la decisión de la sindicatura y evitar que la suspensión se prolongue en perjuicio de ambas partes, el contratante no quebrado puede colocar en mora al órgano de la quiebra haciendo que el juez delegado fije un término no superior a 60 días, transcurrido el cual el contrato se considera resuelto. Si la sindicatura opta por la continuación de la relación obligatoria, sustituye al quebrado en el contrato y las obligaciones a su cargo serán satisfechas como deudas de la masa. Si opta por la extinción, el contratante *in bonis* podrá hacer valer en el pasivo su crédito por la falta de cumplimiento, sin que le sea reconocido un derecho al resarcimiento de daños.

Esta regla general procede de la reforma introducida en la *legge fallimentare* por el decreto legislativo de 9 de enero de 2006, n.º 5⁶⁰. Con ella el legislador trata de dar respuesta a las exigencias que desde todos los ámbitos reclamaban una disciplina aplicable a aquellos contratos que carecían de regulación específica.

Como en el caso español, el Derecho codificado italiano no contenía una regulación general sobre los efectos de la quiebra en los contratos pendientes. Solo podían encontrarse normas específicas, dispersas tanto en la legislación mercantil como

vitalicia que contiene el art. 60 y que forma parte de la sección II. V. BONIFATTI, S., y CENSORI, P. F., *Manuale di Diritto fallimentare*, Padua, 2009, cit., pg. 295.

⁵⁹ V. TEDESCHI, G. U., *Manuale del nuovo Diritto fallimentare*, cit., pg. 330. El legislador, en el art. 72, bajo la rubrica *rapporti pendenti* parece referirse a relaciones patrimoniales de carácter personal o real que no se traducen en una simple deuda del quebrado o en un crédito a su favor, sino que conllevan un ligamen de interdependencia contractual entre la prestación a cargo del quebrado y la prestación de la contraparte, sin que este ligamen conlleve un verdadero y propio vínculo sinalagmático, como puede deducirse del tratamiento de contratos como el mandato o la comisión (art. 78 *legge fallimentare*).

⁶⁰ La última reforma con trascendencia en esta materia se produjo por obra del d. legisl. 12-9-07, n.º 169, publicado en la *Gazzetta Ufficiale* el 16-10-07, que recoge las «disposiciones integradoras y correctoras del real decreto de 16-3-1942, m. 267, así como del d. legisl. 9-1-2006, n.º 5, en materia de regulación de la quiebra, concordato preventivo y liquidación forzosa administrativa, de acuerdo con el art. 1-5, 5 bis y 6, de la ley de 14-5-2005, n.º 80». Las sucesivas reformas de la legislación concursal italiana introducen importantes novedades en esta materia dirigidas a remediar algunas carencias de la regulación anterior, al tiempo que propician modificaciones significativas derivadas de las soluciones elaboradas en la doctrina y la jurisprudencia.

Según la *legge delega* de 14 de mayo de 2005, n.º 80, la reforma debía dirigirse a ampliar el término de mora de la sindicatura para decidir, así como a prever una disciplina para los supuestos de patrimonios adscritos a un fin y el arrendamiento financiero, sin embargo tanto el d. legisl. n.º 5 de 2006, como el n.º 169 de 2007 han reformado la materia en mayor profundidad.

en el Código Civil, que contemplaban los efectos del procedimiento sobre algunos contratos en particular. En la doctrina se intenta deducir una disciplina general a partir de las disposiciones especiales previstas para el contrato de compraventa (arts. 804 a 806 codice di commercio de 1882), de ahí que la construcción derivada de tales normas estuviera basada en la funcionalidad del sinalagma, por lo que se entendía que ante la situación de quiebra de una parte en un contrato pendiente de cumplimiento, el contratante *in bonis* no estaba obligado a cumplir su prestación cuando la contraparte no podía cumplir por encontrarse en quiebra, de modo que si la sindicatura no asumía el contrato con cargo a la masa, este se resolvía. Sobre dicha construcción se elaboró la *legge fallimentare*, cuya sección IV contenía normas específicas que regulaban los efectos de la quiebra sobre determinados contratos —compraventa, suministro, cuenta corriente, mandato, comisión, arrendamiento de inmuebles o seguro—, pero carecía de una disposición general aplicable a los supuestos que no disponían de regulación específica. Entre esas normas, el artículo 72, que establecía una amplia regulación del contrato de compraventa, puede considerarse antecedente inmediato de la regla general prevista en el Derecho vigente⁶¹.

Ahora bien, de la regulación contenida inicialmente en la *legge fallimentare* se deducían hasta tres posibilidades interpretativas a la hora de elaborar una regla general: la que derivaba de las normas previstas para el contrato de compraventa, es decir, la suspensión de la ejecución del contrato y la posibilidad de elección por parte de la sindicatura entre su extinción o su continuación; aquella que para otros contratos —cuenta corriente, mandato o comisión— disponía su resolución automática por la quiebra de una de las partes y la que en otros supuestos —arrendamiento de inmuebles o seguro— establecía la sustitución automática de los síndicos en el lugar del quebrado⁶². Una vez delimitada la ratio subyacente en cada uno de estos modelos, era posible su interpretación extensiva y analógica a otros supuestos carentes de regulación expresa. A tales efectos, la jurisprudencia consideró que para la elaboración de una regla general sobre los efectos de la quiebra en los contratos, la solución prevista en torno al contrato de compraventa era la más idónea, en cuanto se consideraba acorde con las exigencias

⁶¹ La disciplina originaria del artículo 72 para el contrato de compraventa establecía que ante la declaración de quiebra del comprador, el vendedor *in bonis* tenía derecho a cumplir su prestación, haciendo valer en el pasivo de la quiebra su crédito por el precio y, caso de que no ejerciera ese derecho, la ejecución del contrato se suspendía hasta que la sindicatura, con la autorización del juez delegado, declarase si entraba en la relación en lugar del quebrado, asumiendo todas sus obligaciones, o bien lo resolvía (*subentro* o *scioglimento*). El vendedor podía colocar en mora a la sindicatura para que se decidiera haciendo que el juez delegado asignara un término no superior a ocho días, transcurridos los cuales el contrato se consideraba resuelto. Por otra parte, en caso de quiebra del vendedor se distinguía según el bien hubiera pasado o no a propiedad del comprador. En el primer supuesto, el contrato no se resolvía. En el segundo, la sindicatura podía elegir entre la ejecución o la resolución del contrato. Si se optaba por la resolución, el comprador tenía derecho a hacer valer su crédito en el pasivo, sin que le fuera reconocido un derecho al rescarcimiento de los daños.

⁶² La doctrina apunta distintos criterios para determinar los efectos de la quiebra sobre las relaciones pendientes, si bien hay una clara coincidencia en los tres criterios expuestos, v. BONSIGNORI, A.; NARDO, G., y LAZZARA, M., *I contratti nelle procedure concorsuali*, Milán 1992, pgs. 13 y 14.

del procedimiento y propiciaba una mejor tutela del contratante *in bonis*. Por su parte, la doctrina apuntaba que la regla de la suspensión de la relación y la posibilidad de elección de la sindicatura prevista para la compraventa y, por tanto, construida sobre los principios propios del sinalagma, solo podía aplicarse a los contratos con prestaciones correspectivas no ejecutados o no enteramente ejecutados por ambas partes contratantes, y no era susceptible de generalizarse a todas las relaciones jurídicas pendientes que carecían de una regulación particular⁶³. No obstante, el legislador ha recogido en el Derecho vigente un precepto general que contempla esencialmente las soluciones previstas para el contrato de compraventa, e introduce una salvedad en relación con aquellas normas de la misma sección que dispongan otra cosa. Salvedad que la doctrina entiende referida también a otras disposiciones del Código Civil o de leyes especiales, y que supone un obstáculo a la posibilidad de aplicación analógica de otros posibles modelos legislativos⁶⁴.

Por otra parte, la regla general que establece la suspensión de la ejecución y la necesidad de autorización del comité de acreedores para que la sindicatura decida si el contrato se mantiene o es resuelto, puede resultar problemática en caso de ejercicio provisional de la empresa, ya que puede suponer un obstáculo para el mantenimiento de contratos necesarios e inseparables de la continuación de la actividad. Por eso, en este supuesto, el legislador excluye la aplicación de la norma general y establece que durante el ejercicio provisional de la empresa los contratos pendientes prosiguen hasta el cese de la actividad, salvo que la sindicatura decida la suspensión del negocio o su resolución (art. 104. 7 y 9 *legge fallimentare*)⁶⁵.

⁶³ V. GUGLIELMUCCI, L., «Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», en Jorio (dir.): *Il nuovo Diritto fallimentare*, cit., pg. 1118. También, del mismo autor, «Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», en *Commentario Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1979, pgs. 76 y ss.

⁶⁴ V. GUALANDI, L., «Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti», *Manuale di Diritto fallimentare*, Milán, 2007, pg. 238.

En el Derecho italiano son muchas las normas que establecen una regulación particular para los contratos al margen de la regla general. Desde los contratos sobre inmuebles en construcción (art. 72.bis *legge fallimentare*) a los contratos de financiación destinados por la sociedad a un negocio específico (art. 72 ter), el arrendamiento financiero (art. 72 quater), la compraventa con reserva de dominio (art. 73), los contratos de ejecución continuada o periódica (art. 74), el contrato de bolsa a término (art. 76), la asociación de cuentas en participación (art. 77), la cuenta corriente, el mandato y la comisión (art. 78), el arrendamiento de empresa (art. 79), el arrendamiento de inmuebles (art. 80), la concesión (art. 81), el seguro (art. 82) o el contrato de edición (art. 83).

⁶⁵ La *legge fallimentare* contempla otros instrumentos de solución de la crisis empresarial, como son el *concordato preventivo* y la *liquidazione coatta amministrativa*. Ninguno de ellos contiene una disciplina específica de los efectos sobre las relaciones jurídicas preexistentes, si bien, mientras que en la *liquidazione* la remisión expresa de la norma (art. 201) a los artículos 72 a 83 bis permite entender que los efectos del procedimiento sobre los contratos son análogos a los del *fallimento*, en el *concordato preventivo*, puesto que no hay norma de remisión, no resultan aplicables tales preceptos. Así se ha venido manteniendo que el procedimiento de *concordato* no ejercería influencia alguna sobre las relaciones jurídicas preexistentes, y se aplicarían los principios del Derecho común. El contratante *in bonis* tendría la facultad de suspender su prestación (art. 1461 CC) y hacer frente al incumplimiento del deudor valiéndose de la resolución.

Pero esta tesis no tiene en cuenta que, tras la apertura del procedimiento de *concordato*, los efectos sobre los acreedores y los contratos se rigen por lo dispuesto en los artículos 167 y 168 de la *legge fallimentare*

1.2. El Derecho francés

El Libro VI del Código de Comercio francés recoge la regulación sobre empresas en dificultades (arts. L610-1 a L670-8 y R600-1 y ss). La normativa procede de la Ley 2005-845, de 26 de julio, que entró en vigor el 1 de enero de 2006. La Ley de *sauvegarde des entreprises* se mantiene fiel a los fines de reestructuración y saneamiento empresarial que tuvieron su origen en la Ley de 25 de enero de 1985 sobre saneamiento y liquidación judicial de empresas. De modo que, en el Derecho francés de las empresas en dificultades continúa siendo prioritario el salvamento empresarial con la continuación de la actividad y el mantenimiento del empleo, si bien el legislador acoge distintos procedimientos dirigidos a servir de cauce a las diferentes situaciones de dificultad económica. Estos dos elementos, el objetivo de la reestructuración empresarial y la regulación de diversos procedimientos de solución de la crisis, contrastan con el sistema concursal diseñado en Derecho español, que tiene como finalidad esencial la satisfacción de los acreedores y se funda en el principio de unidad —legal, de disciplina y de procedimiento— (Exp. mot. ep. II LC). Frente a la regulación de la Ley Concursal española, que no ha previsto procedimiento alguno dirigido a la prevención de la insolvencia⁶⁶, el sistema francés se ocupa de la prevención de las dificultades empresariales mediante los procedimientos de conciliación y de salvaguarda, al tiempo que atiende la solución de la crisis mediante el saneamiento —*redressement*— y la liquidación judicial —*liquidation judiciaire*—.

Dentro de esta filosofía del salvamento empresarial, la normativa sobre empresas en dificultades ha sido objeto de reforma por la Ordenanza 2008-1345, de 18 de diciembre de 2008 (en vigor desde el 15 de febrero de 2009), que se dirige a hacer más accesible y atractivo el procedimiento de salvamento, facilitar el paso de un procedimiento a otro y acelerar la liquidación judicial cuando es inevitable. Posteriormente, otras dos normas particulares han venido a incidir en la regulación, la

y que, con arreglo a estos preceptos, es posible distinguir entre los actos de ordinaria administración y los actos de extraordinaria administración. Por tanto, las relaciones jurídicas preexistentes que entren en el ámbito de la administración ordinaria prosiguen, en tanto que las que entren en el ámbito de la administración extraordinaria deberán suspenderse hasta que el juez delegado autorice su ejecución. En el primer caso, no existiría conflicto entre el interés del contratante *in bonis* y el interés de los acreedores si partimos del hecho de que el *concordato* se dirige a conservar el valor económico del patrimonio del deudor. En el segundo caso, ese conflicto se resuelve —art. 167-II *legge fallimentare*— haciendo prevalecer el interés de la masa sobre el del contratante *in bonis*. V. BONIFATTI, S., y CENSORI, P. F., *Manuale di Diritto fallimentare*, cit., pgs. 525 a 528; y SIMEON, M., «Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici pendenti», en Guglielmucci (dir.): *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Milán, 2006, pgs. 792 y ss.

⁶⁶ No obstante, con la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, se ha previsto la posibilidad de homologación de los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor que reúnan los requisitos del art. 71.6 LC, cuando se den las condiciones exigidas por la disp. ad. 4ª de la Ley, lo que constituye una verdadera solución preventiva o alternativa del concurso de acreedores, v. MENÉNDEZ, A., ROJO, A., y BELTRÁN, E., *Lecciones de Derecho mercantil. El Derecho concursal (adaptación de las Lecciones 42, 43 y 44 a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal)*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 29.

Ley 2010-1249 de 22 de octubre de 2010, dirigida a establecer un procedimiento de salvaguarda financiera acelerado (Cap. VIII, Tit. II, arts. L628-1 a 628-7), y la Ordenanza 2010-1512, de 9 de diciembre de 2010, que ha venido a adaptar el Libro VI del Código de Comercio a los empresarios individuales y de responsabilidad limitada (Tit. VIII, arts. L680-1 a L680-7)⁶⁷.

Para la prevención de la insolvencia, el Derecho francés cuenta con la conciliación —*procédure de conciliation*— y el salvamento —*procédure de sauvegarde*—. La primera tiene carácter contractual y extrajudicial, se abre únicamente a instancias del deudor y va dirigida a alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus principales acreedores con el fin de superar las dificultades de la empresa. Dicho acuerdo incluirá a los contratantes habituales del deudor (art. L.611-7 *Code de Commerce*)⁶⁸. En este sentido, se dispone que en caso de apertura de un procedimiento de salvamento, de saneamiento o de liquidación aquellos que hubieran concedido al deudor en el acuerdo homologado una nueva aportación de tesorería para asegurar así la continuidad de la actividad empresarial gozarán de un privilegio (conforme a los arts. L622-17 y L641-13). En las mismas condiciones, las personas que aporten en virtud del acuerdo homologado un nuevo bien o servicio con el fin de garantizar la continuidad de la actividad de la empresa y su mantenimiento gozarán del mismo privilegio sobre el precio de estos bienes o servicios —«privilegio de conciliación» (art. L611-11 *Code de Commerce*)⁶⁹—.

⁶⁷ V., esta evolución legislativa en, SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit des entreprises en difficulté*, París, 2011, pgs. 50 y ss.

⁶⁸ Para ello se nombra a un conciliador. Frente al *règlement amiable* este procedimiento se caracteriza porque es posible admitir la solicitud de conciliación incluso aunque el deudor se encuentre en situación de cesación de pagos, siempre que no hayan transcurrido 45 días (art. L 611-4 *Code de Commerce*). El deudor conserva todos sus poderes de disposición y administración y deberá hacer frente a los pagos durante la fase de negociación del acuerdo amistoso, salvo que se pueda beneficiar de un plazo de gracia si el tribunal lo considera oportuno. Así, si en el curso del procedimiento, el deudor es requerido o demandado judicialmente por un acreedor, el juez que conoce del procedimiento puede, a petición del deudor y después de haber oído al conciliador, aplazar el vencimiento del crédito con un límite de dos años y subordinando esta medida al cumplimiento por el deudor de determinados garantías —arts. 1244-1 a 1244-3 *Code Civil*— (art. 611-7 *Code de Commerce*). Por tanto, no nos encontramos ante un procedimiento de insolvencia en el sentido del Reglamento europeo 1346/2000, de 29 de mayo. En cuanto al alcance y naturaleza del acuerdo, la norma contempla dos posibilidades: que este sea confidencial y reciba simplemente la constatación del tribunal o bien, que se trate de un acuerdo con homologación pública y que pueda ser recurrido por terceros. En este último supuesto, para que se produzca la homologación se exige la concurrencia de tres elementos: la continuidad de la empresa, la ausencia de perjuicio a los intereses de los demás acreedores y la ausencia de insolvencia. Un importante efecto de la homologación es que en caso de procedimiento concursal posterior, no podrá fijarse como fecha de cesación en los pagos una fecha anterior a la homologación, lo que descartaría, en principio, el riesgo de nulidad del acuerdo amistoso, ya que no se incluye en el periodo sospechoso. V. PEROCHON, F., «El nuevo derecho francés de empresas en dificultades surgido de la ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (*Sauvegarde*) de las empresas», *RDCP*, 8, 2008, pgs.79 y ss. Pueden encontrarse similitudes entre el *accord de conciliation* francés y la regulación española de los acuerdos de refinanciación prevista en la disposición adicional 4.ª de la Ley Concursal.

⁶⁹ V. SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit des entreprises en difficulté*, cit., pgs. 189 a 191.

Por su parte, el salvamento, de carácter judicial, sí que puede considerarse un procedimiento concursal preventivo. El deudor acude al salvamento porque la simple negociación con sus acreedores no es suficiente y para superar sus dificultades precisa sustraerse a las acciones individuales de estos durante el tiempo necesario para reorganizar su empresa. El procedimiento se abre a instancias de un deudor que, sin encontrarse en situación de cesación de pagos, justifica dificultades que no puede superar⁷⁰.

El procedimiento de salvamento comprende dos elementos esenciales: un periodo de observación, que se dirige a la elaboración de un plan de salvamento, durante el cual el deudor continúa su actividad, y el plan de salvamento propiamente dicho, que deberá presentar el deudor y se dirige a facilitar la reorganización de la empresa a fin de permitir la prosecución de la actividad económica, el mantenimiento del empleo y el saneamiento del pasivo (art. L620-1 *Code de Commerce*). Durante el salvamento, el deudor no podrá realizar, sin autorización del juez-comisario, actos de disposición que no se incluyan dentro de los actos de gestión ordinaria. Si bien, podrá designarse un administrador judicial que asistirá al deudor y ratificará las actuaciones que no sean de gestión ordinaria. En todo caso, para facilitar la gestión de la empresa, se establece la obligación de los contratantes *in bonis* de continuar con sus contratos en curso de ejecución, aunque concurren incumplimientos anteriores del deudor, y a condición de que sean satisfechas durante el procedimiento las obligaciones a cargo del deudor como contrapartida de las prestaciones realizadas a su favor (arts. L622-13 y L622-14 *Code de Commerce*). Los créditos que surjan como contrapartida de las prestaciones realizadas a favor del deudor durante el desarrollo del procedimiento serán satisfechos a sus respectivos vencimientos (art. L622-17). En otro caso, cuando no sean pagados a su vencimiento, gozarán de un privilegio sobre los demás créditos privilegiados o garantizados, con excepción de determinados privilegios laborales, de los privilegios por costas judiciales y de los privilegios establecidos en el artículo L611-11 del *Code de Commerce*. El crédito, o bien se origina en la atención a las necesidades del procedimiento, o bien es contrapartida de una prestación realizada a favor del deudor por su actividad profesional durante el procedimiento. De modo que el privilegio se reserva a los créditos «útiles» al procedimiento, en tanto que los créditos posteriores «no útiles» son tratados como créditos anteriores⁷¹.

⁷⁰ En la medida en que permite al deudor anticiparse a la insolvencia cumple una finalidad semejante a la que la Ley Concursal española persigue al establecer como presupuesto objetivo del concurso voluntario la situación de insolvencia inminente (art. 2.3 LC), inspirada, a su vez, en el art. 18 de la *InsO* alemana, que considera presupuesto de apertura la amenaza de insolvencia —*InsO Drohende Zahlungsunfähigkeit*— aquella situación en la que el deudor prevé que no se encontrará en condiciones de cumplir con las obligaciones pendientes a su vencimiento. V., en este sentido, AJM 2 Bilbao, 17.2.2006, en *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, cit., pgs. 100 a 102.

⁷¹ V. PEROCHON, F., «El nuevo derecho francés de empresas en dificultades surgido de la ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (*Sauvegarde*) de las empresas», *RDCP*, cit., pg. 87.

Frente a estos procedimientos dirigidos a prevenir la situación de crisis, el tratamiento legal de la insolvencia se encausa a través del saneamiento —*redressement judiciaire*— o de la liquidación judicial —*liquidation judiciaire*—. El procedimiento de saneamiento debe ser solicitado por el deudor dentro de los 45 días siguientes a la cesación en los pagos, si en ese plazo no se solicita la apertura de la conciliación⁷². En caso de que la conciliación fracase, cuando el deudor haya cesado en los pagos, puede abrirse de oficio por el tribunal (art. L631-4 *Code de Commerce*)⁷³. El *redressement*, como el salvamento, se dirigen a permitir la prosecución de la actividad, el mantenimiento del empleo y el saneamiento del pasivo y solo con carácter secundario al pago a los acreedores (art. L631-1 *Code de Commerce*); en cambio, la liquidación judicial pone fin a la actividad del deudor y persigue la realización de sus bienes para pagar a sus acreedores (art. L640-1 *Code de Commerce*).

El saneamiento o reflotamiento judicial prevé un periodo de observación análogo al del proceso de salvamento, que se dirige a la elaboración de un plan semejante también al plan de salvamento. La mayor diferencia entre ambos estriba en que en el saneamiento judicial el deudor está expuesto al riesgo de cesión forzosa de toda o parte de su empresa en caso de que se encuentre en la imposibilidad de asegurar él mismo el saneamiento (art. L631-22 *Code de Commerce*). Dicha cesión queda sujeta a las reglas previstas para la liquidación judicial. Respecto de los créditos «útiles» o que tienen su origen en las exigencias o necesidades del procedimiento o son contrapartida de la prestación a favor del deudor como consecuencia del ejercicio de la actividad profesional durante el procedimiento, se aplica la solución prevista para el salvamento en el artículo L622-17 del *Code de Commerce* (art. L631-14 *Code de Commerce*).

Desde el punto de vista de los contratos pendientes, resulta especialmente interesante ese criterio de determinación de la preferencia que se funda en la «utilidad» del crédito para la prosecución de la actividad o la solución de las dificultades económicas o el saneamiento. Si bien, entre esos créditos se encontrarán tanto los que se originan por la ejecución de contratos concluidos antes de la apertura del procedimiento, como los que derivan de contratos concluidos después. Tales créditos «posteriores y útiles» que no se ven afectados por la interdicción en los pagos prevista para los acreedores anteriores o los posteriores que carecen de tratamiento preferencial (art. L622-7 *Code de Commerce*) serán atendidos a sus respectivos vencimientos si existen fondos disponibles suficientes, en otro caso, si la masa activa es insuficiente, por el orden de preferencia previsto en la normativa⁷⁴.

⁷² El deudor que en ese plazo de 45 días a contar desde la cesación en los pagos no solicite la apertura de un procedimiento de conciliación ni la apertura de un procedimiento de saneamiento o liquidación puede incurrir en responsabilidad (art. L653-8 *Code de Commerce*).

⁷³ También podrá abrirse de oficio el procedimiento de salvamento o a solicitud del propio deudor, el administrador, el mandatario judicial o el ministerio público, cuando se constate en el periodo de observación de un proceso de salvamento la cesación en los pagos del deudor (arts. L621-2 y L622-10 *Code de Commerce*).

⁷⁴ V. JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, cit., pgs. 198 y ss.

En cuanto a la apertura de la liquidación, será preciso que concurren dos circunstancias: que el deudor se encuentre en situación de cesación en los pagos y que el saneamiento sea imposible (art. L640-1 *Code de Commerce*). Frente a los procedimientos anteriores, la liquidación pone fin a la actividad económica y se dirige a la realización de los bienes del deudor, si bien, cuando sea posible, mediante la cesión global de toda la empresa o parte de ella (art. L642-1). De modo que, aunque el procedimiento se dirige principalmente al pago a los acreedores, ello no conlleva necesariamente la liquidación de la empresa.

Como en los otros supuestos, en la liquidación, los nuevos acreedores «útiles» han de ser pagados al vencimiento. De modo que los créditos contraídos como contrapartida de una prestación a favor del deudor por su actividad posterior a la apertura de la liquidación o del procedimiento de salvaguarda o de saneamiento judicial se pagarán a la fecha de su vencimiento. Si no son pagados a su vencimiento, lo serán con prioridad sobre los demás créditos, salvo los garantizados con determinados privilegios salariales, los privilegios por costas judiciales, los privilegiados con arreglo al artículo L611-11 y los que estén asegurados por garantías inmobiliarias o mobiliarias especiales provistas de un derecho de retención o constituidas conforme al Capítulo V, del Título II, del Libro V (art. L641-13 *Code de Commerce*). En definitiva, a la hora de la liquidación, los titulares de créditos posteriores «útiles» se clasifican en general después de los titulares de garantías reales, quienes a su vez se sitúan después de algunos créditos salariales y costas procesales anteriores y después del privilegio de la conciliación⁷⁵.

Conforme a lo expuesto, tanto el procedimiento de salvaguarda o salvamento —*sauvegarde*— como el de saneamiento —*redressement*— se caracterizan por la continuación de la actividad empresarial, de modo que el legislador trata de proteger a la empresa frente al riesgo de ruptura de las relaciones contractuales pendientes de ejecución cuando se declara el procedimiento a través del derecho a exigir el mantenimiento de los contratos previsto en el artículo L622-13 del *Code de Commerce*.

En principio, el artículo L622-13 prevé, en consonancia con la necesaria continuación de la actividad empresarial, la ineficacia de las disposiciones legales o las cláusulas contractuales que dispongan la indivisibilidad, la rescisión o la resolución del contrato en curso por el hecho de la apertura de un procedimiento de salvamento o de saneamiento judicial. El contratante *in bonis* deberá cumplir sus obligaciones no obstante la falta de ejecución del deudor de las obligaciones anteriores a la apertura del procedimiento, y esos incumplimientos darán derecho a los acreedores a comunicar el crédito correspondiente en el pasivo. El administrador solo tiene la facultad de exigir la ejecución de los contratos en curso cuando ejecute la prestación prometida al

⁷⁵ V. JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, cit., pgs. 376 y 377.

contratante *in bonis*. Si la prestación consiste en el pago de una suma dineraria deberá satisfacerse al contado, salvo que el administrador consiguiera del contratante *in bonis* un aplazamiento del pago. Por tanto, a la vista de los documentos provisionales que obran en su poder, el administrador deberá asegurarse, al momento de exigir la ejecución del contrato, que dispone de los fondos necesarios para cumplir. Cuando se trate de un contrato con obligaciones de vencimiento aplazado, el administrador podrá resolverlo cuando prevea que no dispondrá de los fondos necesarios para cumplir las obligaciones a cargo del deudor a sus respectivos vencimientos.

Por otro lado, los contratos en curso se resolverán de pleno derecho en dos circunstancias: cuando el contratante *in bonis* haya puesto en mora al administrador para que se pronuncie sobre el cumplimiento del contrato y transcurra más de un mes sin respuesta (antes de que expire este plazo, el juez-comisario podrá conceder al administrador un plazo más corto o acordar una prórroga del mismo, que no podrá exceder de dos meses) y cuando falte el cumplimiento por parte del administrador en las condiciones previstas anteriormente y no hubiera acuerdo con la parte *in bonis* para proseguir la relación contractual. En este último supuesto, el ministerio público, el administrador, el mandatario judicial o un controlador o interventor podrán requerir del tribunal para que ponga fin al periodo de observación. Ante la demanda del administrador, el juez pondrá fin a la resolución del contrato si fuera necesaria para el salvamento del deudor y no conllevara un perjuicio excesivo para el contratante *in bonis*.

Si el administrador no hace uso de la facultad de continuar el contrato y le pone fin existirá un crédito por el resarcimiento de daños y perjuicios a favor del contratante *in bonis* que deberá ser comunicado en el pasivo. El contratante *in bonis* podrá diferir la restitución de las cantidades entregadas por el deudor en ejecución del contrato hasta que reciba la indemnización.

Por último, el legislador deja a salvo de lo dispuesto en esta norma las disposiciones específicas para determinados contratos en particular, como los de trabajo.

Las previsiones legales para los contratos en curso son manifestación de la vocación de continuidad de la reforma francesa. La regulación vigente es análoga a la recogida en el artículo 37 de la Ley de 1985 y permite una suerte de elección entre los contratos que favorecen o no favorecen el salvamento. Dicha facultad de elección se sigue ejerciendo mediante un derecho de opción de orden público a favor del administrador que constituye la regla general aplicable a los supuestos contractuales que carecen de regulación específica⁷⁶. Ahora bien, en caso de liquidación judicial se había cuestionado la aplicación del principio de continuación de los contratos. Frente a aquellos que mantenían, en base a una interpretación literal, la existencia de un derecho

⁷⁶ V. JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, cit., pgs. 180 y 181.

de opción sin límites, parecía lógico entender que en caso de liquidación la facultad de exigir la ejecución del contrato solo se ejerciera si excepcionalmente prosiguiera la actividad o se produjera una cesión de la empresa. No obstante, subsistía la duda de si, desde una posición intermedia, habría de reconocerse un derecho de opción para todos los contratos cuyo mantenimiento permita preservar un valor del activo, con independencia de la continuación de la actividad⁷⁷. La Ordenanza de 18 de diciembre de 2008 ha solucionado el problema mediante la reforma del artículo L641-11-1, que contiene una regulación semejante a la del artículo L622-13, y excluye toda disposición legal o toda cláusula contractual que prevea la resolución del contrato en curso por el solo hecho de la apertura del procedimiento de liquidación judicial. La norma se justifica no solo por la solución de continuidad existente entre el salvamento, el saneamiento y la liquidación judicial, sino también por el hecho de que el mantenimiento de los contratos puede facilitar las operaciones de liquidación y, continuando la explotación, obtener el mayor valor de los bienes de la empresa. No obstante, parece que el sacrificio impuesto al contratante *in bonis* cuyo contrato se mantiene está más justificado cuando se hace en aras del salvamento de la empresa que cuando responde a una mejor realización del activo, si bien el liquidador tiene solo la facultad de exigir la ejecución del contrato en curso si cumple la prestación prometida al contratante *in bonis*⁷⁸.

1.3. El Derecho alemán

La *Insolvenzordnung* alemana, como la Ley Concursal española, unifica los procedimientos judiciales previstos para el tratamiento de la insolvencia (*Konkurs* y *Vergleichs*) y prevé una regla general en materia de contratos con prestaciones recíprocas —*gegenseitige Verträge*— en su parágrafo 103, que establece el derecho de elección del síndico o administrador —*Insolvenzverwalter*— entre el cumplimiento o la extinción del contrato. En el primer caso, si se decide por el cumplimiento del contrato, podrá exigir de la contraparte *in bonis* la ejecución de las prestaciones a su cargo y cumplir las obligaciones a cargo del deudor concursado como créditos contra la masa. En el segundo caso, si rechaza el cumplimiento del contrato, el crédito de la contraparte *in bonis* originado por el incumplimiento será un crédito concursal. Al mismo tiempo, el contratante *in bonis* podrá requerir al administrador del procedimiento para que ejercite su derecho de opción —*Wahlrechts*—, y este deberá manifestar sin demora si asume el contrato, ya que, de no ser así, no podrá insistir en el cumplimiento.

Esta regulación mantiene esencialmente la facultad de elección de la sindicatura que contenía ya la legislación anterior (par. 17 *KO*), y permite entender, como regla general, que la apertura del procedimiento de insolvencia no conlleva la extinción de los

⁷⁷ V. JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, cit., pgs. 377 y 378.

⁷⁸ V. SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit des entreprises en difficulté*, cit., pgs. 727 y 728.

contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. No obstante, la situación concursal rompe la reciprocidad propia de la relación entre el deudor concursado y la contraparte *in bonis*, y, frente a los mecanismos de defensa individuales del derecho de crédito, la apertura del concurso instaura el principio de paridad de trato de los acreedores —*Glaubigergleichbehandlung*— y la decisión en torno al contrato se traslada al administrador del procedimiento, el cual deberá optar por el cumplimiento si pretende la continuación del contrato. La solución legal coloca en primer plano los intereses del procedimiento frente a la protección del contratante *in bonis*, aunque se mantiene la funcionalidad del sinalagma, ya que si el administrador opta por el cumplimiento, el crédito del contratante *in bonis* es un crédito contra la masa.

En el párrafo 103 late la convicción de que sería injusto exigir al contratante del deudor el cumplimiento de su prestación en tanto por la contraprestación a su favor solo puede obtener un crédito concursal. Ahora bien, tras la apertura del procedimiento ese contratante que puede rehusar el cumplimiento de su prestación por la vía de la excepción de incumplimiento (par. 320 *BGB*), no puede, sin embargo, exigir el cumplimiento del deudor, solo el administrador del concurso puede exigir el cumplimiento del contrato, cumpliendo con las prestaciones a cargo del deudor insolvente como créditos contra la masa (par. 55.1-2.º *InsO*), o convertir el crédito concursal de la contraparte en un crédito a los daños si rechaza el cumplimiento⁷⁹. Se trata de hacer posible el cumplimiento del contrato en los casos en que este tenga un interés para la masa. Así, la normativa habría de dirigirse tanto a la protección del contratante *in bonis* como de la masa activa⁸⁰.

Inicialmente, en los informes de las comisiones para la reforma del derecho concursal se entendió que al objeto de hacer posible la continuación de la actividad empresarial, los contratos bilaterales pendientes de cumplimiento por ambas partes debían continuar, si bien había que dar a la masa la posibilidad de liberarse de aquellos contratos que ponían en peligro la reorganización y reconocer al administrador un derecho a rechazar el cumplimiento del contrato, de modo que, si no se hacía uso de ese derecho, el administrador debía cumplir el contrato con cargo a la masa. No obstante, posteriormente, en el proyecto del gobierno publicado en el *Bundesgesetzblatt* el 18 de octubre de 1994, que regulaba el derecho de elección del administrador concursal en el párrafo 117, se opta por mantener invariable el contenido de la norma respecto del Derecho vigente (art. 17 KO). El primer párrafo de la norma se correspondía con el párrafo 17.1, en tanto que el segundo recogía las consecuencias de la negativa de cumplimiento del contrato previstas en el párrafo 26. Este precepto rechazaba la posibilidad de que, ante la extinción del contrato, el contratante *in bonis* pudiera reclamar la restitución de los bienes cuya propiedad había sido transferida al quebrado. Por tanto, como acreedor concursal, el contratante *in bonis* solo podía hacer valer un

⁷⁹ SMID, S., *Insolvenzordnung (InsO)*, cit., pgs. 573 y ss.

⁸⁰ WEGENER, B., *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, Colonia, 2002, pgs. 795 y ss.

derecho de crédito por la contraprestación insatisfecha. Al mismo tiempo, si aún no había vencido el plazo para cumplir, al contratante del deudor se le ofrecía la posibilidad de forzar al administrador para que ejerciera su derecho de elección. Una vez requerido, el administrador debía decidir sin demora —*unverzüglich*—. La duración del plazo que se daba al administrador para decidir dependía de la necesidad de valorar las ventajas y desventajas del cumplimiento del contrato para la masa.

Durante mucho tiempo se entendió que la negativa del cumplimiento del administrador —*Ablenkung der Erfüllung*— suponía el ejercicio por este de un derecho de disposición sobre la relación contractual —*Gestaltungsrecht*—, que conllevaba la extinción del derecho al cumplimiento de la otra parte y su sustitución por un derecho unilateral a la reclamación de los daños originados por la falta de cumplimiento. No obstante, si se decidía el cumplimiento, el contrato subsistía en las mismas condiciones que antes de la apertura del procedimiento con los administradores del concurso.

Frente a ello, se ha impuesto en los últimos años la interpretación de que cuando en ejercicio del derecho de disposición, el administrador reclama el cumplimiento de la contraparte, el contrato continúa con nuevos efectos frente a la masa, ya que surge un nuevo derecho de cumplimiento del contratante contra la masa del procedimiento. De esta manera, el derecho de disposición del administrador del procedimiento no solo permite la ejecución de un contrato ventajoso para la masa y el conjunto de los acreedores, sino que, al mismo tiempo, mantiene la protección que al contratante *in bonis* procura la funcionalidad del sinalagma⁸¹.

1.4. El análisis comparativo

La valoración comparada⁸² de los sistemas expuestos revela que en las legislaciones italiana y francesa la regla general se refiere a las «relaciones pendientes» y a los «contrato en curso», en tanto que el legislador alemán, dentro del Capítulo relativo al cumplimiento de los negocios —*Erfüllung der Rechtsgeschäfte*— se ocupa de regular un derecho de elección del administrador concursal frente a los «contratos con obligaciones recíprocas». No obstante, el Derecho alemán, como el italiano, requiere que el contrato esté pendiente de cumplimiento por ambas partes al momento de la apertura del procedimiento, de modo que debe tratarse de un negocio susceptible de generar obligaciones a cargo de ambos contratantes, aunque en la regulación italiana no se exige que tales obligaciones estén ligadas por un vínculo de interdependencia o sinalagma y en la alemana sí. En cambio, el Derecho francés, al referirse en términos tan genéricos a los contratos en curso, impide limitar ese derecho de opción a favor del administrador del procedimiento a cierto tipo de contratos en base a su naturaleza

⁸¹ V., por todos, KREFT, G., y HUBER, M., *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. II, Múnich, 2002, pgs. 3 y ss.

⁸² V. BONARDELL LENZANO, R., *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, cit., pgs.15 y ss.

(bilateral o unilateral, de tracto único o de tracto sucesivo) o en atención a su ejecución (total o parcialmente ejecutado por uno o ambos contratantes).

Por su parte, la normativa que establece la Ley Concursal española, aplicable, como ocurre en Alemania, a los contratos con obligaciones recíprocas, distingue, por un lado, los contratos celebrados por el deudor «cuando al momento de la declaración de concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo» y, por otro, «los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte». En el primer caso considera que «el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso». En el segundo, «las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa». Mientras que en el Derecho italiano o en el Derecho alemán, el contrato totalmente ejecutado por un contratante antes de la apertura del procedimiento concursal quedaría fuera del ámbito de aplicación de la normativa, en el Derecho español, la regla de la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas abarcaría también este supuesto (art. 61.1 LC). Sin embargo, la solución que ofrece la norma española es la misma que resulta de la aplicación de las reglas generales del procedimiento concursal en aquellos otros Ordenamientos: si cumplió la parte *in bonis*, el crédito por la contraprestación a su favor constituirá un crédito concursal, que deberá ser comunicado, reconocido y clasificado dentro del procedimiento; si cumplió el concursado, su crédito por la contraprestación entrará a formar parte de la masa activa del concurso⁸³. Ello conduce a preguntarnos por la finalidad de una norma que no contiene especialidad alguna respecto de la eficacia general del procedimiento concursal para los contratos pendientes de cumplimiento solo por una parte. A nuestro modo de ver ni siquiera cumple una función delimitadora del campo de aplicación del régimen especial de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento⁸⁴, ya que, en todo caso, el problema seguirá encontrándose en la necesidad de determinar cuándo han de considerarse cumplidas las obligaciones a cargo de un contratante tomando como punto de referencia el momento de la declaración de concurso⁸⁵. Su existencia parece estar más relacionada con la regulación

⁸³ En este sentido, el *Proyecto de Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia de 2006* publicado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, cit., establece que «no se necesita ningún régimen especial para el supuesto de que solo una parte no haya cumplido plenamente sus obligaciones. Si es el deudor quien no ha cumplido totalmente sus obligaciones, la otra parte podrá reclamar su cumplimiento o una indemnización en el marco del procedimiento de insolvencia. Si la otra parte es la que no ha cumplido totalmente sus obligaciones, el representante de la insolvencia podrá reclamar a dicha parte su cumplimiento o una indemnización».

⁸⁴ V., en contra, BONARDELL LENZANO, R., *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, cit., pg. 56.

⁸⁵ Este problema no se plantea solo en Derecho francés, que se refiere a los contratos en curso sin especificar si se trata de contratos que no han sido ejecutados por ninguna de las partes o se incluyen también los contratos ejecutados por un contratante. En Derecho italiano o en Derecho alemán, donde el ámbito de aplicación de las normas se limita expresamente a los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, se plantea igualmente la necesidad de delimitar la situación de cumplimiento o

en el Derecho codificado español de situaciones en las que el contrato había sido cumplido por el contratante *in bonis* (arts. 908 y 909. 8.º y 9.º CCom). Tal vez el legislador lo que pretendía era distanciarse de aquel Derecho histórico altamente insatisfactorio, y desterrar definitivamente los especiales mecanismos de protección del vendedor de bienes muebles insatisfecho.

Por otra parte, frente a la solución comparada favorable a conceder al órgano de administración del procedimiento un derecho de opción entre el cumplimiento o el no cumplimiento del contrato, se ha afirmado la total originalidad de la regla de la vigencia del contrato propia del Derecho español⁸⁶. Sin embargo, de la regulación española se extrae que el contrato solo se mantiene cuando la administración concursal —en caso de suspensión— o el propio concursado —en caso de intervención— no soliciten la resolución del contrato «si lo estimaran conveniente al interés del concurso» (art. 61.2-II). Por una parte, la norma atribuye a la administración concursal y al propio concursado un derecho de disposición sobre el contrato dirigido por el interés del concurso. Por otra, y a falta de una disposición expresa que imponga el cumplimiento a la parte *in bonis* no obstante la falta de cumplimiento del concursado, de la regla de la vigencia del contrato solo puede deducirse la obligación de ambas partes de seguir cumpliendo conforme a lo pactado. De modo que tratándose de un contrato con obligaciones recíprocas serían de aplicación tanto las estipulaciones particulares del contrato específico de que se trate, como las disposiciones generales previstas por el Ordenamiento en torno al cumplimiento de este tipo de contratos, y el contratante *in bonis* podría evitar la ejecución si se le exige el cumplimiento ante una situación de no cumplimiento de la contraparte.

En nuestra opinión, el legislador español se propuso, como el alemán, proteger tanto los intereses del procedimiento, cuanto los del contratante del deudor, y no impone a la parte *in bonis* el cumplimiento del contrato en contra de su interés particular, del mismo modo que no impone ese cumplimiento al concurso en contra del interés concursal. La norma solo exige que el contrato se mantenga vigente tras la apertura del

incumplimiento del contrato de cada contratante al momento de apertura del procedimiento, v. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, cit., pg. 122, n. 193.

En el Derecho italiano, para que el contrato de compraventa deba considerarse «pendiente» con arreglo al art. 72 *legge fallimentare*, es necesario, por un lado, que el comprador no haya pagado el precio —al menos en parte— y, por otro, que el vendedor no haya cumplido ninguna de las dos obligaciones principales a su cargo: la transmisión de la propiedad y la entrega del bien. V. BONIFATTI, S., y CENSORI, P. F., *Manuale di Diritto fallimentare*, cit., pgs. 298 a 300. Del mismo modo en Derecho alemán será preciso que el vendedor no haya entregado la cosa y transmitido su propiedad —par. 433.1 *BGB*— y el vendedor no haya pagado el precio —433.2 *BGB*—. V. WEGENER, B., *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., pg. 802.

⁸⁶ V. GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales», en *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, vol. I, Madrid-Barcelona, 2005, pg. 2787 y ss, en especial, pg. 2807.

procedimiento, de tal modo que la declaración de concurso no pueda considerarse causa legítima de resolución para la parte *in bonis*.

En esencia, la solución del Derecho español es bastante semejante a aquella que en la doctrina alemana reconoce al contratante *in bonis* la posibilidad de no cumplir y/o requerir al administrador de la insolvencia para que se decida por el cumplimiento o no cumplimiento del contrato⁸⁷. La diferencia fundamental estriba en que en el Derecho alemán la contraparte *in bonis* no puede exigir el cumplimiento del administrador de la insolvencia, en tanto que en el Derecho español, puesto que se parte de la vigencia del contrato y no del derecho de la administración concursal o del concursado a decidir o no su resolución en interés del concurso, *prima facie* el contratante *in bonis* podría exigir el cumplimiento de la administración concursal o del propio concursado, como podría negarse a cumplir hasta que, o bien se cumpliera el contrato, o bien se ejerciera la resolución en interés del concurso.

Por su parte, el Derecho italiano prevé la «suspensión de la ejecución» hasta que la sindicatura se decida por la continuación o por la resolución del contrato. La generalidad de la doctrina en Italia considera que dicha suspensión es conforme con los principios generales que rigen para los contratos con prestaciones correspectivas, en los que la excepción de incumplimiento (art. 1460 *codice civile*) y la suspensión de la ejecución del contrato (art. 1461 *codice civile*) son instrumentos de autotutela privada dirigidos a conseguir, bien el cumplimiento de la prestación por la contraparte, bien la resolución del contrato. Del mismo modo en la quiebra la suspensión prevista en el artículo 72.1 de la *legge fallimentare* puede conducir al *subingresso* de la sindicatura en el contrato y, por tanto, al cumplimiento exacto de la prestación como crédito contra la masa o a la resolución —*scioglimento*— de la relación⁸⁸.

Frente a ello, en Derecho francés se paraliza el mecanismo de la excepción de incumplimiento mediante la norma que obliga al contratante *in bonis* a cumplir no obstante la falta de cumplimiento del deudor (art. 37-II *Loi du redressement et liquidation judiciaire des entreprises* y L622.13-I *Code de Commerce*)⁸⁹. El administrador del procedimiento está legalmente facultado para exigir al contratante *in bonis* la ejecución del contrato sin que pueda oponer por su parte la excepción de incumplimiento. En este Ordenamiento, las garantías para el contratante *in bonis* se

⁸⁷ La *exceptio inadimpleti contractus* —art. 320 *BGB*— protegería a la parte *in bonis* cuando el administrador de la insolvencia le exija el cumplimiento sin haber satisfecho por su parte la prestación a cargo del deudor insolvente, v. MAROTZKE, W., *Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich*, cit., pgs. 10 y ss.

⁸⁸ V. BONIFATTI, S., y CENSORI, P. F., *Manuale di Diritto fallimentare*, cit., pgs. 303 y 304. Estos mismos razonamientos se encuentran ya en BONELLI, G., *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, cit., pgs. 567 y ss., o en FERRARA, F., *Il fallimento*, Milán, 1974, pgs. 333 y ss.

⁸⁹ MONSERIE, M. H., *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, cit., pgs. 75 a 78.

encuentran tanto en la exigencia de cumplimiento del contrato con cargo a la masa, cuanto en el hecho de que el administrador debe asegurarse que dispone de los fondos necesarios para cumplir el contrato y, si no cumple, el contrato se resolverá de pleno derecho.

Ahora bien, todos los sistemas jurídicos considerados contienen normas expresas que declaran ineficaces aquellas cláusulas contractuales contrarias a las previsiones legales⁹⁰ y, por tanto, a la facultad de opción a favor de los administradores del procedimiento. Ello pone de manifiesto la existencia de una regla general implícita que exige el mantenimiento del contrato tras la declaración de concurso y rechaza, *prima facie*, su continuación automática a cargo de la masa o su resolución automática, con el fin de poder ejercer el derecho de opción.

Al configurar esa facultad de elección se plantean dos cuestiones: la exigencia de un plazo para el ejercicio del derecho de opción y la necesidad de establecer los efectos por la falta de ejercicio. El problema del plazo suele saldarse con la posibilidad de que el contratante *in bonis* requiera al administrador del procedimiento para que ejercite el derecho o se manifieste en el término fijado por el juez o por la norma. Los efectos por la falta de ejercicio en el plazo previsto consistirán habitualmente en considerar resuelto el contrato. De forma semejante, en Derecho español se plantea el problema del plazo para que el concursado o la administración concursal puedan resolver el contrato en interés del concurso, problema que la normativa no aborda. En tanto que, de no resolverse el contrato en interés del concurso, la regla de la vigencia exige su cumplimiento conforme a lo convenido.

Por otra parte, mientras que en Derecho alemán o en Derecho italiano el contrato se considera resuelto por la declaración unilateral de la sindicatura o por la ausencia de una declaración cuando es requerida para ello, en el sistema español la administración concursal o el concursado deberán acudir al juez para solicitar la resolución del contrato en interés del concurso, y en el Derecho francés el contrato puede resolverse de pleno derecho o por decisión judicial. En el primer caso, habrá resolución de pleno derecho, cuando el administrador no haga uso de la facultad de exigir el cumplimiento del contrato cumpliendo a su vez las obligaciones a cargo del deudor o no atienda el requerimiento de la parte *in bonis* para que manifieste si asume esas obligaciones o las incumpla en determinadas condiciones. En el segundo caso, la norma faculta al administrador para solicitar la resolución del contrato —*résiliation*— al juez-comisario (art. 622.13-IV *Code de Commerce*).

⁹⁰ El artículo 72-VI de la *legge fallimentare* proclama la ineficacia de las cláusulas negociales que hacen depender la resolución del contrato de la declaración de quiebra. Del mismo modo, el par. 119 de la *InsO* establece la ineficacia de los acuerdos que excluyan o limiten la aplicación de los párrafos 103 a 118. Y el L622.13-I del *Code de Commerce* dispone que ninguna indivisibilidad, rescisión o resolución del contrato puede resultar del solo hecho de la apertura de un procedimiento de salvaguardia, no obstante la existencia de una disposición legal o de una cláusula contractual. También el Derecho español en el art. 61.3 prevé 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».

En cuanto a las consecuencias de la resolución, como regla general, se dirigen a considerar el crédito del contratante *in bonis* como un crédito concursal, si bien en el Derecho italiano, a diferencia de los Derechos alemán o francés, no se le reconoce un derecho a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la falta de cumplimiento del contrato. Frente a ello, la Ley Concursal española en caso de resolución del contrato en interés del concurso considera crédito contra la masa «las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse» (art. 61.2-II en relación con el art. 84.2-6.º LC).

Mención aparte merece el tratamiento específico que se atribuye en estas legislaciones a los contratos de tracto sucesivo cuyas obligaciones se presentan como divisibles, de manera que la relación jurídica puede descomponerse en una secuencia de prestaciones y contraprestaciones correlativas, separables, y con autonomía jurídica y económica —v. gr., suministro—. En Derecho alemán, cuando el contratante *in bonis* cumplió parcialmente las prestaciones a su cargo antes del concurso dispone de un crédito concursal por las contraprestaciones a que estaba obligado el concursado, aun cuando el administrador de la insolvencia requiera el cumplimiento del contratante *in bonis* por las prestaciones pendientes una vez declarado el concurso. Ese contratante no podrá exigir la devolución de las prestaciones ejecutadas que entraron en el patrimonio del deudor con anterioridad a la apertura del procedimiento (art. 105 *InsO*). En el mismo sentido, la legislación francesa prohíbe expresamente los «pactos de indivisibilidad», que subordinan la continuación del contrato de tracto sucesivo al cumplimiento por parte del administrador del procedimiento de las prestaciones anteriores inejecutadas (art. L622.13-I *Code de Commerce*). En cambio, el Derecho italiano refiere su regulación a los contratos de ejecución continuada o periódica, y abarca tanto los contratos de tracto sucesivo como el suministro, cuanto los contratos de tracto único con obligaciones de ejecución fraccionada —en los que se fracciona temporalmente una única prestación— como la compraventa con entregas periódicas. En esta normativa, si el síndico decide asumir el contrato deberá pagar íntegramente el precio de las entregas ya efectuadas y de los servicios ya realizados (art. 74 *legge fallimentare*)⁹¹. Sin embargo, cuando el síndico decida resolver el contrato, el contratante *in bonis* solo tiene derecho a hacer valer en el pasivo el crédito correspondiente conforme a las reglas generales (art. 72-IV *legge fallimentare*).

El Derecho español no tiene una norma particular para estos supuestos, aunque parece acoger las dos soluciones apuntadas. Con arreglo a la Ley Concursal, los contratos de tracto sucesivo que no han llegado a su término y que no han sido resueltos antes de la declaración de concurso son contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, en los que las «obligaciones a que esté

⁹¹ Se ha dicho que la norma permite transformar un crédito concursal en un crédito contra la masa en atención a la unidad de la causa que liga las diversas prestaciones en estas categorías contractuales, de modo que podrían generarse problemas a la hora de extender esta regulación a todas las relaciones de duración en las cuales el ingreso de la sindicatura en el contrato se produce por disposición legal, v. BONIFATTI, S., y CENSORI, P. F., *Manuale di Diritto fallimentare*, cit., pgs. 316 y 317.

obligado el concursado» se realizarán con cargo a la masa (art. 61.2). Así, son 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 (art. 84.2-6.º). Lo mismo parece preverse en los supuestos en que el juez acuerde el cumplimiento del contrato pese a la existencia de causa de resolución: serán a cargo de la masa las «prestaciones debidas o que deba realizar el concursado». Igualmente, en el caso de resolución del contrato en interés del concurso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse serán a cargo de la masa (art. 61.2-II y III), y se considerarán créditos contra la masa los que resulten de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria (art. 84.2-6.º). En consecuencia, parece que todas las prestaciones incumplidas por el deudor, tanto las que generaron créditos a favor del contratante cumplidor con anterioridad a la declaración de concurso, cuanto las que generaron créditos posteriores, deberán satisfacerse con cargo a la masa activa del concurso y, por tanto, con preferencia a los créditos concursales. Sin embargo, el legislador cambia de criterio al tener en cuenta de modo expreso la naturaleza del contrato de tracto sucesivo cuando regula la resolución por incumplimiento (art. 62). Por un lado, dispone que en estos contratos la facultad de resolución pueda ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso; por otro, al establecer los efectos de la resolución distingue dos situaciones: aquella en la que el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso, en cuyo caso el crédito correspondiente al contratante *in bonis* cumplidor se incluirá en el concurso, y aquella en la que el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso, en cuyo caso el crédito correspondiente al contratante *in bonis* cumplidor se satisfará con cargo a la masa (art. 62.4). Así, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento, se ha optado por discriminar entre las prestaciones anteriores y las posteriores con respecto al momento de apertura del procedimiento concursal. De modo que la ausencia de un criterio claro en las normas puede conducirnos a replantearnos la literalidad de aquellos preceptos cuando hacen referencia a «las prestaciones a que esté obligado el concursado y a las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado», en el sentido de que solo los créditos posteriores son créditos contra la masa que debe realizar el concursado; los créditos anteriores son concursales y correspondían a un deudor que no era concursado.

Por último, conviene precisar que en ninguno de los sistemas expuestos la existencia de una normativa general ha impedido la concurrencia de soluciones especiales para determinados contratos en particular, tal y como ocurre en la legislación española para los contratos de trabajo o los contratos con las administraciones públicas, o al disponer la vigencia dentro del concurso de las normas que permiten el ejercicio de la facultad de denuncia unilateral de determinados contratos o que disponen o

expresamente permiten pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa⁹².

2. Los problemas específicos de la compraventa.

El conflicto de intereses entre el contratante *in bonis* en la relación bilateral y los demás acreedores del concursado se presenta en toda su extensión cuando nos encontramos ante una compraventa.

La compraventa constituye un contrato de gran transcendencia en la actividad económica, que representa la forma jurídica a través de la cual se realiza normalmente el intercambio de bienes y servicios. Por esta razón, ha sufrido una notable evolución, debida a los cambios sociales y económicos. Ello se ha traducido fundamentalmente en la atenuación de su carácter instantáneo y es frecuente que las prestaciones a cargo de ambas partes sean aplazadas o fraccionadas.

En el Ordenamiento jurídico español la compraventa se configura como un contrato de carácter obligacional en el que «las partes primero se obligan al cambio de la cosa por el precio y después ejecutan los compromisos contraídos, aunque todo ello se realice simultáneamente»⁹³. Las obligaciones de las partes definidas en el Código Civil consisten en la entrega de la cosa y el pago del precio (art. 1445). El vendedor está obligado a la entrega y al saneamiento (art. 1461), y la obligación de entrega exige poner la cosa en poder y posesión del comprador (art. 1462). Ahora bien, si por un lado, y a diferencia del Derecho italiano, no existe una obligación legal del vendedor de

⁹² Si observamos las soluciones particulares que se mantienen vigentes para determinados contratos en Derecho italiano (contratos relativos a inmuebles en construcción —art. 72 bis—, contratos de financiación —art. 72 ter—, compraventa con reserva de dominio —art. 73—, contratos de ejecución continuada o periódica —art. 74—, compraventas con expedición —art. 75—, entre otros), en Derecho alemán (operaciones financieras futuras —par. 104—, contratos con obligaciones divisibles —par. 105—, compraventa con reserva de dominio —art. 107—, contratos de tracto sucesivo —par. 108—entre otros) o en el Derecho francés para los arrendamientos de inmuebles —art. L622-14 a 16—, nos damos cuenta de que la regla general solo puede entenderse como una norma de cierre del sistema aplicable a aquellos supuestos contractuales para los que no se establece regulación específica.

En el *Proyecto de Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia de 2006* publicado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional, cit., se dispone que «cabe citar como categorías de contratos que requieren un régimen especial, los contratos financieros, algunos contratos de servicios personales, en los que la identidad de la persona que ha de cumplir el acuerdo, ya sea el propio deudor o un empleado suyo, revista particular importancia, y los contratos de préstamos y de seguros». En este sentido, hemos de tener en cuenta que el legislador español, salvo en los supuestos de rehabilitación de créditos —art. 68 LC—, rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado —art. 69— o de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos —art. 70—, no ha establecido realmente un régimen especial para determinados contratos y se a limitado a mantener la vigencia de aquellas disposiciones que en otros cuerpos legales (Código Civil, Código de Comercio, Ley de Contrato de Agencia o Ley de Contrato de Seguro, entre otras) preveían los efectos de los procedimientos concursales sobre contratos particulares.

⁹³ La naturaleza obligacional del contrato se ve reforzada por el hecho de que cualquiera de las prestaciones, o las dos, pueden quedar diferidas. V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, Pamplona, 2010, pgs. 45 y 46.

transmitir la propiedad de la cosa vendida; por otro, un efecto normal de la entrega de la cosa es la transmisión de la propiedad, de tal manera que la compraventa se ha configurado como un contrato traslativo del dominio (art. 609 CC)⁹⁴ en el que la entrega puede cumplir una doble función: no solo es la forma de ejecución de la obligación asumida por el vendedor, sino que constituye un requisito necesario para la transmisión de la propiedad⁹⁵. En Derecho español, el cumplimiento de la obligación de entrega aparece como el medio a través del cual el vendedor ejecuta la prestación comprometida y, al mismo tiempo, como el requisito previsto por el Ordenamiento para que el comprador adquiriera el dominio sobre la cosa objeto del contrato. La configuración de la *traditio* o entrega de la cosa como un elemento necesario para transmitir la propiedad del bien ha contribuido a que el aplazamiento o fraccionamiento de las prestaciones en la compraventa vaya acompañado del establecimiento de mecanismos de transferencia diferida de la propiedad —v. gr., reserva de dominio⁹⁶—. A todo ello se añade el hecho de que en muchas ocasiones no resulta fácil determinar cuándo se ha producido el cumplimiento de la obligación de entrega por parte del vendedor, ya que aquella puede presentarse de diferentes modos y revestir distintas formas, lo cual repercute en los efectos traslativos del contrato y en las garantías establecidas en base a dichos efectos.

En el cumplimiento de la obligación de entrega hemos de tener en cuenta dos elementos de la contratación: el modo y el tiempo. Desde el punto de vista del modo, la entrega podrá ser real o material, instrumental o simbólica y contractual. El Código Civil regula diferentes formas de entrega (arts. 1462 a 1464), diferentes modos mediante los cuales el vendedor puede cumplir con su obligación de entrega, de manera que si la entrega exige poner la cosa en poder y posesión del comprador, estamos ante diferentes formas de transmitir la posesión, que solo tendrán plena eficacia, permitiendo al vendedor cumplir con su obligación de entrega, cuando este a su vez sea poseedor (mediato o inmediato) de la cosa vendida, pues el cumplimiento de la obligación de entrega se efectúa mediante la cesión de la posesión. En otro caso, si el vendedor no tiene la posesión del bien, aun cuando se haya producido el tipo especial de *traditio* —v. gr. entrega instrumental mediante escritura pública, art. 1462.II CC—, el vendedor continuará obligado a proporcionar al comprador la posesión y no habrá ejecutado plenamente su obligación de entrega. De ahí que se discuta que algunas modalidades de entrega determinen una perfecta ejecución del contrato de compraventa⁹⁷. Así, al tiempo de la apertura del procedimiento concursal, aunque el vendedor concursado hubiera

⁹⁴ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, cit., pg. 57.

⁹⁵ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1131.

⁹⁶ En este sentido se ha puesto de manifiesto que «la importancia de la compraventa a plazos y la de la reserva de dominio son una misma dentro del tráfico jurídico actual», v. BERCOVITZ, R., *La cláusula de reserva de dominio*, Madrid, 1971, pg. 12.

⁹⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, cit., pgs. 91 y 92.

otorgado escritura pública, si no tenía la posesión del bien objeto del contrato, no habrá cumplido con su obligación de entrega.

Desde la perspectiva temporal, es posible a su vez que la entrega sea inmediata o se haya pactado una entrega diferida, y el cumplimiento de la obligación de entrega se difiera en una sola prestación o en varias prestaciones. En definitiva, será preciso tener presentes todas las circunstancias que rodean a la entrega para determinar cuándo se producen los efectos del contrato inherentes al cumplimiento o incumplimiento de la obligación de entrega. Un dato que resulta fundamental para establecer las consecuencias del procedimiento concursal sobre el contrato⁹⁸.

Dado que la transmisión de la propiedad en la compraventa es el resultado de la ejecución de una obligación, de este contrato pueden derivarse dos tipos de efectos con diferente trascendencia frente al concurso: los efectos puramente contractuales y los efectos reales. En relación con los primeros habría que determinar cómo afectaría la apertura del procedimiento concursal al contrato de compraventa, de qué remedios dispone el contratante *in bonis* frente al concurso, y cómo habrán de calificarse en el procedimiento los créditos derivados del contrato. Tanto en caso de concurso del vendedor como en caso de concurso del comprador, el contrato ya no implica solo los intereses de los contratantes, sino otros intereses afectados por el procedimiento concursal⁹⁹. Esto significa que en el esquema contractual típico previsto por las partes en la contratación o, en su caso, por la normativa, existirá una concreta distribución de riesgos contractuales que podrá verse alterada en el procedimiento concursal, en la medida en que este se dirige a redistribuir esos riesgos en atención a los nuevos intereses presentes en el concurso. Respecto de los efectos reales, si estamos ante un vínculo real válidamente constituido será eficaz no solo *inter partes*, sino frente a terceros, y el concurso se verá obligado a reconocerlo. De modo que si el vendedor cumplió con su obligación de entrega, el bien habrá pasado a propiedad del comprador. En caso de concurso del vendedor, no podrá formar parte de la masa activa del procedimiento y en caso de concurso del comprador, integrará el patrimonio concursal.

⁹⁸ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas» cit., pg. 1132.

⁹⁹ A ello parece referirse FÍNEZ RATÓN, cuando argumenta que «acaecida la quiebra los intereses implicados no se ciñen a los de las partes contratantes». Sin embargo, esta afirmación, siendo cierta no puede conducirnos a entender que «lo definitorio de la quiebra es que traslada el marco de referencia de composición de intereses de una relación bilateral a una plurilateral» — v. *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 33 y 34—. En nuestra opinión, el marco contractual de composición de intereses no cambia, continúa definido por la dinámica de dos intereses contrapuestos y no se sustituye por una situación de cooperación o colaboración entre los diferentes interesados para la consecución de un fin común. El hecho de que el concurso se dirija a buscar la composición de distintos intereses enfrentados no significa que cada acreedor dentro del concurso no pueda actuar en defensa de sus propios intereses y, con este fin, pida la separación de un bien de la masa (art. 80 LC), impugne el inventario o la lista de acreedores (art. 96 LC) o bien se oponga a la aprobación del convenio (art. 128 LC).

Se ponen así de manifiesto las diferencias de trato dentro del procedimiento concursal entre los derechos reales (*ius in re*) y los derechos de crédito (*ius in personam*). Estos últimos se ven sujetos al procedimiento y a los principios que lo gobiernan, mientras que los derechos reales son oponibles a la masa de acreedores y su titular no se verá sujeto a las vicisitudes del concurso. En particular, el propietario frente al concurso permanece fuera de cualquier sistema de prelación o preferencia. Si del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos *sus bienes* presentes y futuros (art. 1911 CC), el concurso se produce sobre los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor (art. 76 .1 LC) que sean de su propiedad, pues «los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado [...] serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos» (art. 80 LC).

Ahora bien, en ocasiones, la diferencia de efectos puramente reales o personales no se presenta con claridad. Se trata de supuestos en los que un sujeto tiene derecho a adquirir una cosa determinada pero aún no se ha producido la necesaria toma de posesión de la misma o de situaciones en las que el acreedor tiene derecho a que la cosa le sea entregada y puede, en vía de ejecución sobre el patrimonio del deudor, reclamarla. Así, en este ámbito se han incluido, entre otros, los casos en los que la perfecta constitución de un derecho real inmobiliario o su plena eficacia exige la inscripción en el Registro de la Propiedad, cuando dicha inscripción no ha podido ser practicada; o aquellas situaciones en las que se adquiere una cosa reservándose el vendedor el dominio hasta el total pago del precio. La doctrina pretende reconocer aquí una categoría intermedia entre los derechos reales y los derechos personales. Para algunos autores se trataría de un derecho real limitado o un derecho real con efecto relativo. Para otros, en cambio, estaríamos ante un derecho personal con eficacia respecto de terceros. En estos términos se plantea la problemática del *ius ad rem*, que en el Derecho anterior codificado o proyectado permitía atribuir preferencia al titular de un derecho de crédito frente al titular de un derecho real. La doctrina en torno al *ius ad rem* alcanzaba su máxima expresión en el derecho de quiebras codificado (arts. 908 y 909 CCom), donde se regulaba una categoría especial de acreedores que el Código de Comercio de 1829 (arts. 1113 y 1114) calificaba como *acreedores de dominio*. Dentro de esos acreedores se encontraba el vendedor insatisfecho que cumplió con su obligación de entrega de las mercancías y que podía reclamar en las ventas al contado, los géneros vendidos al quebrado «y no satisfechos en todo o en parte, ínterin subsistan, embalados en los almacenes del quebrado, o en los términos en que se hizo la entrega, y en estado de distinguirse específicamente por las marcas o números de los fardos o bultos»; y en las ventas a plazo las mercaderías que no se hubieran entregado materialmente al comprador quebrado, aunque ya se le hubieran remitido los conocimientos o cartas de porte, «después de cargadas, de orden y por cuenta y riesgo del comprador»¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Conforme al Derecho proyectado, entre esos acreedores podía encontrarse también el comprador que no recibió la cosa, no obstante el cumplimiento íntegro de su obligación de pago del precio. Así como el vendedor que entregó la cosa sin recibir el precio podía reclamarla y separarla de la masa activa de la quiebra del comprador, el artículo 179 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 reconocía al

De esta manera, y desde una perspectiva histórica, se revelan las particularidades del contrato de compraventa en la regulación de los efectos del concurso sobre los contratos. En el Derecho codificado, frente a las legislaciones germánicas, que disponían de una normativa general en la materia, las legislaciones latinas carecían de normas generales, y solo se ocupaban en disposiciones particulares y dispersas de los efectos de los procedimientos concursales sobre determinados contratos. La doctrina tratará de extraer de esos preceptos particulares y, en concreto, de las normas aplicables a la compraventa, una regulación general para los contratos no contemplados por el legislador. Sin embargo, tropezará con dos obstáculos. En primer lugar, la propia regulación aplicable, en normas de carácter sectorial que se ocupaban del derecho de separación de bienes concretos del patrimonio del deudor a favor de determinados sujetos. El legislador reconocía al vendedor de bienes muebles insatisfecho, en caso de

comprador de una cosa cierta y determinada que pagó sin que esta le hubiera sido entregada el derecho a reclamarla en caso de quiebra del vendedor, con su consiguiente separación de la masa de bienes del procedimiento. La norma parecía fundarse en los múltiples problemas que suscita el concurso de una empresa dedicada a la construcción. Cuando el comprador hubiera pagado totalmente el precio antes de la admisión a trámite de la solicitud de concurso, el síndico debía entregar el bien al comprador y otorgar la correspondiente escritura. Este precepto del derecho proyectado quebrantaba el principio general de que la incidencia de la quiebra en la compraventa se determinaba según que existiera o no tradición de la cosa vendida, v. CASALS COLLDECARRERA, M., «La incidencia del concurso en las relaciones jurídicas preexistentes», *RGD*, 529-530, octubre-noviembre 1988, pgs. 6091 y ss, en especial, pgs. 6113 y 6114.

Con respecto a esta disposición, FÍNEZ RATÓN —v. *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 52 y 53— pone de manifiesto que no parece una solución justificada si tenemos en cuenta que «el límite de la incidencia de la quiebra en los contratos viene determinado por la posición con eficacia erga omnes ganada por cualquier parte de la relación». A juicio de este autor, el trato privilegiado a favor del comprador que hubiera pagado totalmente el precio sin haber recibido el bien deriva de la confusión entre el alcance obligatorio y real del contrato de compraventa e introduce un factor de inseguridad en el tráfico inmobiliario. Así, «otra solución tendría lugar en el caso de que aún no habiéndose producido el traslado posesorio el contrato hubiera accedido al Registro con anterioridad a la solicitud, ya que estaría dotado de oponibilidad rea». Ahora bien, como se ha señalado, en el sistema español la inscripción no es constitutiva, de modo que la eficacia *erga omnes* de la propiedad no se obtiene solo de la inscripción, v. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, Madrid, 1997, pgs. 35 y ss., y especialmente pg. 36 n.12 y pg. 106 n. 68. En este sentido, el hecho de que la propiedad no esté inscrita no la priva de efectos frente a terceros, v. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «El registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *El Notario del siglo XXI*, mayo-junio 2011, pgs. 6 y ss.

Por su parte, CLEMENTE MEORO —*El acreedor de dominio*, Valencia, 2000— considera acreedores de dominio a todos aquellos sujetos que tienen derecho a recibir un bien en condiciones de hacerlo propio y, por tanto, no solo al comprador, sino también al mandante o al fiduciante. De modo que, podrían originarse acreedores de dominio en todos aquellos contratos que permiten la adquisición de la propiedad de un bien, como la permuta o la sociedad (respecto de la aportación que se haga en propiedad cuando la sociedad sea regular). Desde esta perspectiva, es posible distinguir dos situaciones jurídicas: la de los propietarios de bienes en poder del deudor, que tienen derecho a reivindicarlos y excluirlos de la masa activa sujeta al procedimiento; y la situación de quien sin ser propietario tiene derecho a un *dare* traslativo. En principio, estos sujetos ostentan un simple derecho de crédito y concurren en plano de igualdad con los demás acreedores del deudor. Aunque tengan un derecho a la cosa no podrían oponerlos a los demás acreedores y exigir el cumplimiento de la obligación de entrega, salvo que la norma expresamente se lo permita atribuyéndoles un trato privilegiado, como ocurriría con el comprador que cumplió íntegramente su obligación de pago del precio y no recibió el bien, en las compraventas de inmuebles con arreglo al art. 179 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983. De manera que, para este autor, en los supuestos de separación de bienes por razón del dominio, contenidos en los arts. 1113 a 1115 del CCom de 1829 y 908 y 909 del CComde 1885, no nos encontramos realmente ante acreedores de dominio sino ante verdaderos propietarios, tal es el caso del vendedor insatisfecho en caso de quiebra del comprador, v., *ibídem*, pgs. 27 a 41.

quiebra del comprador, la posibilidad de separar las mercancías de la masa activa de la quiebra (art. 909. 8 y 9 CCom). Se trataba de una regulación parcial y fragmentaria, ya que solo atendía a los derechos del vendedor en caso de quiebra del comprador, y siempre que el objeto de la compraventa fueran mercancías. Además, se abordaba el problema desde una perspectiva jurídico-real, no obligacional, ya que se preveía la separación de los bienes de la masa de la quiebra en tanto su «propiedad no se hubiere transferido al quebrado». Razón por la cual se consideraban de dominio ajeno y habían de ponerse a disposición de sus legítimos dueños (art. 908 CCom).

El otro obstáculo a la hora de construir una doctrina de alcance general para los contratos en los procedimientos concursales se encontraba en la metodología. La elaboración de una normativa general partiendo de una regulación específica, aunque se trate de un contrato prototípico como la compraventa, lleva implícito el riesgo de obtener reglas generales de alcance limitado. Es decir, de lograr reglas generalizables únicamente a determinadas especies contractuales, aquellas más cercanas al prototipo objeto de regulación, de manera que fuera de ese ámbito la regla no permitiría alcanzar soluciones satisfactorias¹⁰¹. Las soluciones fundadas en supuestos específicos no suelen ser válidamente extensibles a otros que no respondan a las mismas premisas.

Ante esta situación, la Ley Concursal parece haber reaccionado con una normativa que regula los efectos del concurso sobre los contratos entre las disposiciones que se ocupan de los efectos de la declaración de concurso —Título III— y el derecho de separación de los bienes de propiedad ajena entre las normas dirigidas a la determinación de la masa activa —Capítulo II del Título IV—. No obstante, la problemática propia de la compraventa y del *ius ad rem* se mantiene en la jurisprudencia y no puede considerarse desterrada del Ordenamiento. Así, se producen resoluciones contradictorias con la naturaleza obligacional del contrato de compraventa¹⁰² y se discute la presencia en el concurso de acreedores con derecho a separar determinados bienes de la masa activa del procedimiento en supuestos en los que el dominio se emplea con finalidad de garantía. La Ley Concursal reconoce un privilegio especial «a los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de

¹⁰¹ Como pone de manifiesto D'ALESSANDRO en la introducción a su obra *I Titoli di partecipazione*, Milán, 1968, pgs. 1 y 2, «le doctrine così formate mancheranno di validità generale».

¹⁰² Son significativos el AJM 1 Málaga, 5.2.2009, conforme al cual el comprador de viviendas que ha entregado cantidades a cuenta de la compra no está legitimado para solicitar el concurso necesario del promotor dado que no puede considerarse acreedor hasta que no resuelva el contrato de compraventa —v. MUÑOZ PAREDES, A., «Promoción inmobiliaria y concurso. Ideas para una reforma», ponencia presentada en el I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia —CEDIN I—, (Gijón, 16 a 18 abril de 2009), pg. 5, n. 3—, y la SAP Burgos, (3ª), 8.2.2011, AC/2011/389, que en una compraventa con expedición considera que no existe obligación del comprador de pagar el precio dado que la entrega no se ha producido y el pago del precio está subordinado a la entrega conforme a lo previsto en el artículo 1500 CC.

dominio» (art. 90.1-4.º). Al mismo tiempo, establece la paralización de «las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles; y de las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución» (art. 56.1). Sin embargo, por otra parte, mantiene vigente la normativa especial que atribuye al vendedor y al arrendador el derecho a separar el bien entregado, el cual no se incluirá en la masa en tanto no se satisfaga el crédito garantizado, y deberá ponerse a disposición del arrendador financiero, previo reconocimiento judicial de su derecho (art. 16.5-II y disp. adic. 1.º-5-II LVPBM). Con ello, parece que la Ley Concursal reconoce al arrendador financiero o al vendedor con reserva de dominio la condición de «acreedor» y de «propietario». No solo son titulares de un derecho de preferencia especial sobre el bien objeto del contrato y, en cuanto tales, acreedores dentro del procedimiento concursal, sino también «propietarios» que podrían reivindicar el bien objeto del contrato de la masa activa del concurso¹⁰³. Frente a esta conclusión se ha puesto de manifiesto que «resulta contradictorio que una persona tenga el derecho a recuperar un bien separándolo de la masa y, al mismo tiempo, pueda pretender una ejecución especial para el cobro preferente de su crédito sobre el mismo bien»¹⁰⁴.

III. EL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA EN EL DERECHO CODIFICADO: EL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN CASO DE QUIEBRA DEL COMPRADOR

Como ya hemos señalado, la regulación general de los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas constituye una destacada novedad de la

¹⁰³ V. GARRIDO, J. M., «La graduación de créditos», en *La reforma de la legislación concursal*, cit., pg. 230. Este autor considera que «al financiador en un contrato de arrendamiento financiero se le permite “usar dos sombreros”, de modo que dicho contratante se presenta a su antojo con el “sombrero” de propietario, o bien con el “sombrero” de acreedor preferente. A su juicio, esta ambigüedad es innecesaria y deriva en un considerable incremento de las posibilidades estratégicas de estos contratantes, lo cual es de temer que no favorezca al concurso».

¹⁰⁴ V. RECALDE CASTELLS, A., «Art. 80. Separación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pgs. 1444 y 1445. Para este autor, el bien se integra en la masa activa, de la misma forma que el crédito que prioritariamente debe satisfacerse con él debe integrarse en la masa pasiva. Por ello, debe entenderse ineficaces frente al concurso los preceptos de la legislación especial — LVPBM— que atribuyen al vendedor y al arrendador financiero el derecho a separar el bien entregado en virtud de la compraventa a plazos o del contrato de *leasing*, dado que la disposición derogatoria única 4 de la Ley Concursal considera derogadas «cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en esta ley».

No obstante, con la Ley de reforma 38/2011 el legislador concursal ha reconocido en el artículo 56 la concurrencia de dos tipos de acciones, las acciones propiamente ejecutivas, que permiten la satisfacción del crédito mediante el ejercicio de un derecho privilegiado de ejecución sobre el bien, y las acciones asimiladas a estas, entre las que se encuentran las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero y las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos a plazos (art. 250.1-10.º y 11.º LEC).

Ley Concursal, ya que en la normativa que regulaba los procedimientos concursales —quiebra (arts. 874 a 941 CCom de 1885), suspensión de pagos (Ley de 26 de julio de 1922), concurso de acreedores y beneficio de quita y espera (arts. 1912 a 1920 CC)— no se recogían disposiciones generales aplicables a este tipo de contratos.

La construcción doctrinal se realizó exclusivamente en torno a la quiebra y se fundó en los artículos 908 y 909.8 y 9 del Código de Comercio, que regulaban el derecho de separación del vendedor de mercancías de la masa activa de la quiebra en el contrato de compraventa¹⁰⁵. El artículo 909 en sus apartados 8 y 9 distinguía entre las ventas al contado y las ventas a plazo. En las primeras, se permitía al vendedor *in bonis reivindicar* los géneros no satisfechos en todo o en parte, mientras subsistan en poder del comprador quebrado y sean identificables. En las segundas, cuando las mercancías aún no hubieran sido entregadas al comprador quebrado podían ser *retenidas* por el vendedor *in bonis*, aunque los títulos representativos de las mismas ya hubieran sido remitidos al comprador. En ambos supuestos, los síndicos podían reclamar los géneros comprados para la masa pagando su precio al vendedor, y evitar la «reivindicación» o enervar la «retención». De estos preceptos se deducía la posibilidad de que el contrato no se resolviera por la reclamación de la parte *in bonis* y continuara con los síndicos en el lugar del quebrado, cuyas obligaciones en la contratación asumían el carácter de deudas de la masa¹⁰⁶; y a no ser que, por la naturaleza del negocio, por pacto contractual o por la Ley, quedara excluida dicha sustitución¹⁰⁷.

¹⁰⁵ En general, los autores suelen aplicar los mismos razonamientos a la suspensión de pagos —v. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, t. V., Bogotá, 1987, pg. 117— en la consideración de que “no hay razón especial para pensar que debe haber una solución distinta para el problema, si bien la menor gravedad de la suspensión de pagos respecto de la quiebra permitirá que los efectos de la suspensión de pagos sean también menos rigurosos en el plano de la extinción de dichos contratos», GARCÍA VILLAVARDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», en AA. VV.: *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, 1996, pgs. 301 y ss, en especial, pg. 334. En este sentido, se ha dicho que «todos los contratos contraídos por el suspenso antes de su solicitud conservan, como regla general, su eficacia, constituyendo lo contrario una excepción», v. TORRES DE CRUELLES, J., y MAS Y CALVET, R., *La suspensión de pagos*, cit., pg. 190.

¹⁰⁶ A falta de una norma expresa al respecto, la solución para los contratos pendientes de ejecución total o parcialmente por ambas partes, era la misma para todos los procesos concursales regulados en el Derecho anterior: la posibilidad de asunción del contrato por los órganos concursales siempre que cumplieran las obligaciones derivadas del mismo, v. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1118.

¹⁰⁷ Si el contrato se extingue, por voluntad expresa de la ley o por voluntad de los interesados, el crédito a la restitución a favor del contratante *in bonis* será un crédito concursal. Si el contrato continúa, porque los órganos de administración y representación de la quiebra ocupan la posición del quebrado, el contratante *in bonis* no se somete a la ley del dividendo, sino que se convierte en acreedor de la masa, v. BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, cit., pgs. 155 y ss.

1. Las soluciones doctrinales en Derecho español

La doctrina abordaba esta problemática desde distintos enfoques¹⁰⁸, aunque, a nuestro entender, las divergencias doctrinales son más teóricas que prácticas. Por una parte, se reconocía expresamente que el conflicto de intereses se planteaba tanto si el contrato estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes contratantes, cuanto si la parte *in bonis* cumplió totalmente la prestación a su cargo y solo quedaba pendiente la contraprestación del quebrado, ya que en ambos casos la aplicación de las reglas concursales ocasionaría una ruptura de la equivalencia de las prestaciones, esencial en los contratos sinalagmáticos. Mientras que el contratante *in bonis* cumpliría íntegramente su prestación, el quebrado solo podía ofrecer el dividendo correspondiente. Pero no había coincidencia a la hora de extender a ambos supuestos las soluciones deducibles de los artículos 908 y 909 del Código de Comercio, y para la mayoría de los autores dichas normas solo serían aplicables en caso de que el contrato estuviese pendiente de cumplimiento por ambas partes. De modo que, el contratante *in bonis* que hubiera cumplido íntegramente la prestación a su cargo tendría únicamente la posibilidad de insinuar su crédito en el procedimiento para ser reconocido como acreedor concursal y participar del dividendo resultante de la liquidación¹⁰⁹.

Por otro lado, si bien hay autores que distinguen entre los contratos de tracto único y los contratos de duración¹¹⁰, en tanto que otros establecen la diferencia entre

¹⁰⁸ V. FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, 1992, pgs. 47 y ss.

¹⁰⁹ V. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, cit., pg. 46; BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1994, pg. 748; también VIGUERA RUBIO, J. M., «Los efectos de la declaración de quiebra», en Jiménez Sánchez (coord.): *Derecho mercantil*, t. II, pgs. 728 y 729; y, especialmente, URÍA, R., *Derecho mercantil*, Madrid, 1998, pg.1075.

Salvo excepciones —URÍA—, las posiciones doctrinales a la hora de extender el ámbito de aplicación de las soluciones previstas para el contrato de compraventa en caso de quiebra del comprador no son claras. En el supuesto del art. 909.8 para las ventas al contado, los géneros ya habían sido vendidos y entregados, y solo quedaba por cumplir la prestación a cargo del comprador, el pago del precio. Del mismo modo, en el caso del art. 909.9 para las ventas a plazo, ya habían sido entregados los documentos representativos de las mercancías. En consecuencia, el contrato de compraventa no se encontraba pendiente de cumplimiento por ambas partes, ya que el vendedor ha cumplido íntegramente las obligaciones a su cargo. Sin embargo, la ley reconoce a la parte *in bonis* un especial derecho de «reivindicación» que le permite recuperar lo entregado, y poner fin al contrato si la contraparte quebrada no cumple. La solución legal coloca al vendedor *in bonis* en una situación de privilegio respecto del resto de acreedores del comprador quebrado, lo que pone en duda la posibilidad de aplicación analógica de tales normas. El propio GARRIGUES, con respecto a la extensión analógica de estos preceptos, dispone, en el caso de la quiebra, que solo pueden aplicarse a todos los demás contratos bilaterales en los que la prestación del quebrado haya de realizarse en dinero, y en el supuesto de la suspensión de pagos, que «por la limitación nacida de su propia naturaleza como acción reivindicatoria impropia, este recurso jurídico no puede extenderse a los demás contratos bilaterales pendientes de ejecución y distintos de la compraventa, cuando no medie el riesgo de que un convenio remisorio venga a quebrar el principio de equivalencia de las prestaciones», v. *Curso de Derecho mercantil*, t. V, cit., pgs. 47 y 117.

¹¹⁰ V. VICENT CHULIÁ, F., *Compendio Crítico de Derecho mercantil*, t. II, Barcelona, 1990, pgs. 870 a 871; y BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, cit., pgs. 748 y 749. Para los contratos de duración, de los preceptos legales —arts. 221.3.º, 222-3.º y 280 CCom, y 34 y 35 LCS— puede deducirse que la quiebra constituye causa de extinción del contrato, en cuanto no parece legítimo obligar a la parte

una regla general y unos supuestos particulares¹¹¹, lo cierto es que la regla general resulta aplicable esencialmente a los contratos de tracto instantáneo, y los supuestos particulares se refieren básicamente a relaciones jurídicas duraderas. De manera que las divergencias doctrinales no impiden por distintas vías alcanzar las mismas soluciones. Como regla general era posible entender, en base a los artículos 908 y 909.8 y 9 del Código de Comercio, que los síndicos podían sustituir al quebrado en la contratación y asumir sus obligaciones con cargo a la masa activa de la quiebra. Y si los síndicos no entraban en el contrato o no cumplían las obligaciones a cargo del quebrado, el contratante *in bonis* podía pedir la resolución en base al artículo 1124 del Código Civil. Por tanto, si bien la quiebra no podía considerarse causa de resolución automática del contrato, el contratante *in bonis* sí podía resolver aquellos contratos que no fueran cumplidos en todo o en parte por el quebrado.

Así, en la jurisprudencia encontramos que para los contratos de tracto sucesivo —v. gr., arrendamiento de local de negocio— la quiebra no constituye justa causa de cierre del local de negocio, pero si la masa de la quiebra aspiraba a retener el derecho de arriendo a favor del quebrado debía cumplir las obligaciones anejas al mismo, entre ellas el abono de las rentas; en otro caso, el arrendador podía reivindicar el local objeto de arriendo. Al mismo tiempo, se consideraba que la suspensión de pagos no suponía una causa de incumplimiento por fuerza mayor que permitiera resolver los contratos y que el suspenso venía obligado a satisfacer las obligaciones a su cargo, de modo que, ante el incumplimiento del suspenso, la parte *in bonis* podía ejercer la acción de resolución por incumplimiento contractual aun después de la apertura del procedimiento de suspensión de pagos¹¹².

Ahora bien, en nuestra opinión, del Derecho codificado no es posible deducir una regla general favorable a la extinción o a la continuación del contrato una vez declarada la quiebra de cualquiera de los contratantes, pues se trataría de una regla

in bonis a cumplir íntegramente la prestación a su cargo, cuando la contraparte no puede ejecutar la suya conforme a lo pactado por estar en quiebra. No obstante, ello no impide que tales contratos continúen por acuerdo entre los órganos de la quiebra y el contratante *in bonis*. Respecto de los contratos de tracto instantáneo, del artículo 909.8 y 9 del CCom se deducía como criterio interpretativo general, que los órganos de la quiebra podían sustituir al quebrado en el contrato y ejecutar las prestaciones a su cargo como deudas de la masa.

¹¹¹ V. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, t. V, cit., pgs. 45 a 48; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 2003, pgs. 422 y 461; también, VIGUERA RUBIO, J. M., «Los efectos de la declaración de quiebra», cit., pgs. 728 y 729. La regla general aludía a que la declaración de quiebra no podía considerarse causa de extinción del contrato, pues los síndicos podían sustituir al quebrado en el contrato y transformar su deuda frente al contratante *in bonis* en deuda de la masa. En los supuestos particulares normalmente la quiebra operaba como causa de extinción del contrato. Se trataba de contratos de carácter personalísimo —mandato, comisión, cuenta corriente— o en los que la extinción del contrato como consecuencia de la quiebra había sido expresamente pactada por los contratantes o venía impuesta por disposición legal —sociedad—.

¹¹² V. GARRIDO, J.M., «Jurisprudencia española en materia de quiebras (1978-1988)», *RDM*, 1988, pgs. 575 y ss, en especial, pgs. 653 a 656; y TORRES DE CRUELLES, J., y MAS Y CALVET, R., *La suspensión de pagos*, cit., pgs. 744, 745, 758, 759, 776, 777, 840 y 841.

rodeada de excepciones que la vaciarían de contenido. El contrato no podía resolverse automáticamente por la declaración de quiebra de cualquiera de las partes, ya que era posible que la parte *in bonis* o los órganos del procedimiento decidieran su continuación; pero tampoco podía afirmarse en línea de principio que continuaba vigente tras la quiebra, ya que era probable que la parte *in bonis* suspendiera su ejecución una vez declarada la quiebra y que la sindicatura no sustituyera al quebrado en el contrato, en cuyo caso este se resolvería. De modo que, en un intento de conciliar las disposiciones de derecho civil en materia de contratos bilaterales con la normativa concursal, se enuncian distintas reglas o principios generales aplicables a aquellos supuestos contractuales para los cuales no se había previsto una solución particular.

Por una parte, si con arreglo a la interpretación doctrinal generalizada la sindicatura podía sustituir al quebrado en el contrato, cumpliendo con cargo a la masa las prestaciones derivadas del mismo, la quiebra no puede constituir una causa de resolución automática de los contratos, a no ser que así se hubiera previsto expresamente por la Ley (arts. 221.3.º y 222.3.º CCom y 1732.3.º CC) o acordado por la voluntad de las partes. Si el contrato continuaba con los órganos concursales en el lugar del quebrado, el contratante *in bonis* no podía pedir la resolución, ya que con cargo a la masa quedaba garantizado su derecho al cumplimiento íntegro de las prestaciones a las que venía obligado el quebrado. No obstante, si los síndicos no sustituían al quebrado en el contrato (v. gr., por tratarse de un contrato de carácter personalísimo —mandato, comisión, cuenta corriente o arrendamiento de obra—) o no cumplían las obligaciones del quebrado (v. gr., por insuficiencia de masa activa), la parte *in bonis* podía resolverlo y reclamar en el procedimiento las prestaciones de restitución y las indemnizaciones correspondientes¹¹³.

Por otra parte, la quiebra tampoco suponía la continuación automática del contrato, ya que, aunque el contratante *in bonis* podía seguir cumpliendo sus obligaciones tras la apertura del procedimiento concursal y conformarse con el dividendo resultante de la liquidación, también podía ocurrir que siendo requerido a cumplir por la sindicatura suspendiera su cumplimiento —*exceptio inadimpleti contractus*— hasta que los síndicos aseguraran la contraprestación del quebrado con cargo a la masa. Se originarían en tal caso las posibilidades ya descritas de continuación del contrato con la sindicatura o resolución en caso de no continuación o de incumplimiento de las prestaciones a cargo del quebrado. Por último, era posible que la parte *in bonis* suspendiera su ejecución y que los órganos del procedimiento no se pronunciaran sobre la suerte del contrato. En tales circunstancias, con el fin de acabar con la situación de incertidumbre que se generaba, si la sindicatura no se hacía cargo del

¹¹³ GARRIGUES reconoce que «la solución legal del problema desde el punto de vista jurídico-real (acción reivindicatoria impropia a favor del vendedor) no impide conceder al vendedor un derecho de indemnización si el curso de los precios ha sufrido un descenso después de la quiebra, pues se estima que el contrato queda rescindido por causa imputable al quebrado (su insolvencia)», v. Curso de Derecho mercantil, t. V, cit., pg. 47.

contrato en un periodo razonable —que podía ser fijado por el juez—, el contratante *in bonis* podía considerar resuelto el contrato, quedar liberado de las obligaciones a su cargo y reclamar en el procedimiento de quiebra las restituciones e indemnizaciones procedentes¹¹⁴.

2. Las soluciones del Derecho comparado

El Derecho codificado español formaba parte de aquellos sistemas legislativos que, al carecer de disposiciones generales que regularan los efectos de los procedimientos concursales sobre los contratos bilaterales pendientes de ejecución, trataban de extraer de las normas específicas previstas para los contratos en particular, especialmente para la compraventa, y de las normas generales relativas a las obligaciones recíprocas, una solución de alcance general aplicable a aquellos supuestos contractuales no contemplados por el legislador. En este sentido, se había establecido una distinción entre los sistemas latinos y los sistemas germánicos¹¹⁵. Los primeros, caracterizados por la ausencia de una normativa general aplicable a los contratos bilaterales pendientes. Los segundos, fundados en una disposición general que reconocía a los órganos del procedimiento la posibilidad de optar entre la ejecución o la no ejecución del contrato. Sin embargo, esta distinción no ha sido admitida pacíficamente y se ha afirmado, a

¹¹⁴ Estas hipótesis aparecen descritas por RAMÍREZ, J. A., *La quiebra*, t. II, Barcelona, 1998, pgs. 1253 y ss, en especial, pgs. 1279 y 1280. Dicho autor considera que la —*solución racional al problema en nuestro ordenamiento jurídico*— se funda en una serie de reglas o principios generales: en primer lugar, la quiebra no solo no conlleva, por sí, la resolución de los contratos bilaterales del deudor pendientes total o parcialmente de cumplimiento, sino que ni siquiera puede considerarse causa de imposibilidad legal de cumplir.

En segundo lugar, la parte *in bonis* puede cumplir el contrato y quedar sujeta a la ley del dividendo, del mismo modo que la sindicatura puede intervenir en la contratación y hacer de la obligación del quebrado una obligación de la masa. En tales casos, ni la sindicatura puede oponerse al cumplimiento del contratante *in bonis* ni la parte *in bonis* puede oponerse a la intervención de los síndicos en el contrato. Ahora bien, la parte *in bonis* solo vendrá obligada a cumplir si la sindicatura cumple estrictamente las obligaciones del quebrado o garantiza eficazmente su cumplimiento. De modo que, si la sindicatura no continúa con el contrato, no cumple las prestaciones a cargo del quebrado o no garantiza el cumplimiento, la parte *in bonis* podrá suspender su propio cumplimiento. También podrá negarse a cumplir los contratos que revistan un carácter personalísimo o aquellos en los que se hubiera convenido su rescisión o resolución en caso de quiebra de cualquiera de los contratantes. En nuestra opinión, la única forma de poner fin a esa situación de suspensión sería a través de la resolución, ejercida o bien por el propio contratante *in bonis*, o bien por la sindicatura.

En tercer lugar, si el contratante *in bonis* no se declara dispuesto a cumplir ni los síndicos se pronuncian por la continuación o la resolución, el contrato se encontraría suspenso. En estas situaciones de suspensión contractual, la parte *in bonis* puede poner en mora a la sindicatura para que decida si asume o no el contrato. Caso de que los síndicos no asuman el contrato con cargo a la masa o dejen pasar el plazo que el juzgado les señale para cumplirlo, el contrato quedaría resuelto.

Junto a estos principios generales, RAMÍREZ distingue, desde un punto de vista particular, tres grupos de contratos: aquellos que no se resuelven por la quiebra (compraventa y suministro), los cuales pueden responder en gran medida a los parámetros generales descritos, en cuanto se trata de contratos que no se resuelven *ipso iure* por la declaración de quiebra de cualquiera de los contratantes, pero pueden resolverse tomando como base o fundamento aquella declaración; aquellos que se resuelven o extinguen por la quiebra (sociedad, cuenta en participación, cuenta corriente, mandato y contrato de obras por empresa); y aquellos sometidos a disciplina especial (seguro, trabajo y arrendamiento).

¹¹⁵ V. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, t. V., cit., pgs. 46 y 47.

nuestro juicio con acierto, que no se trataba de dos sistemas jurídicos diferentes, ya que no estábamos ante dos opciones distintas de política legislativa. Así, mientras que los códigos latinos simplemente habrían desatendido la problemática de los contratos en la quiebra, el legislador alemán se habría ocupado de ofrecer una regulación general aplicable en línea de principio a aquellos supuestos contractuales que carecían de regulación específica¹¹⁶. La Ordenanza concursal alemana de 1877 contenía una regulación en torno al cumplimiento de los contratos en el concurso (*Erfüllug des Rechtgeschäfte*), que recogía en el párrafo 17 una disposición general aplicable a todos aquellos supuestos contractuales no regulados expresamente (par. 18 a 28). Ese precepto establecía que en caso de apertura del concurso, cuando el contrato bilateral estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes, los administradores concursales —*Konkursverwalter*— podían cumplir el contrato en el lugar del concursado —*Gemeinschuldner*— y exigir el cumplimiento de la contraparte. Al mismo tiempo, y cuando no hubiera vencido el plazo de cumplimiento, si el administrador concursal era interpelado por la parte *in bonis*, debía manifestar su intención en torno a la ejecución del contrato, ya que si no se manifestaba al respecto, no podía exigir el cumplimiento. Si los síndicos optaban por la ejecución, las prestaciones de ambas partes recibían íntegro cumplimiento, ya que las obligaciones a cargo del concursado se satisfacían como créditos contra la masa (par. 59.I-2 *KO*). Si la opción era favorable a la no ejecución del contrato, ninguno de los contratantes estaría obligado a cumplir las prestaciones a su cargo, y el contratante *in bonis* disponía de un derecho a la indemnización por los daños derivados de la falta de cumplimiento, que podía insinuar en el procedimiento como crédito concursal ordinario¹¹⁷. En este último caso, por la negativa de cumplimiento se extinguían las obligaciones de ambas partes y el contratante *in bonis* no podía pedir la restitución de la prestación parcialmente ejecutada (par. 26 *KO*)¹¹⁸.

¹¹⁶ Como aclara el profesor GARCÍA VILLAVARDE —v. «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y de la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pgs. 317 y 318—, «lo que sucede es sencillamente que la codificación «latina» del siglo XIX desatendió el tema y, ya en nuestro siglo, lo que se ha producido es una extensión de los aspectos básicos del modelo alemán a otros ordenamientos, sea en normas de carácter general [caso francés], sea en normas específicas sobre el contrato de compraventa [caso italiano]».

¹¹⁷ V. BAUR, F., *Konkurs- und Vergleichsrecht*, Tubinga, 1979, pgs. 32 y ss. Se deducía así para las legislaciones de tipo germánico (austriaca o suiza) un derecho de elección de la sindicatura, que esta debía ejercitar ante el requerimiento de la contraparte en el menor tiempo posible o dentro del término fijado por la ley o por el juez, declarando si decide entrar en la relación o resolverla. El transcurso del término sin que la sindicatura se pronuncie conllevaba la extinción de la relación, v. BONELLI, G., *Del Fallimento (Commento al codice di commercio)*, cit., pg. 568, n. 3.

¹¹⁸ Una prohibición que servía al interés común de los acreedores concursales. En cuanto a la restitución a favor de la masa, podía compensarse con la reclamación de los daños a favor de la parte *in bonis*, que no se consideraba incompatible con el par. 55.2 *KO*, dado que el par. 54.1 permitía la compensación tras la apertura del procedimiento concursal aunque los créditos a compensar no hubieran vencido todavía, no se hubiese cumplido la condición a la que estaban sometidos o el crédito del acreedor no tuviera por objeto una suma de dinero. V. HERBST, G., *Einführung in das Konkurs- und Vergleichsrecht*, Colonia, 1988, pg. 34 y ss.

Frente a la regulación alemana, en el Derecho italiano o en el Derecho francés solo encontramos normas dispersas que se ocupaban de algunos contratos en caso de quiebra de cualquiera de los contratantes.

En el Ordenamiento italiano se recogían normas específicas en el *codice civile* de 1865 (para el contrato de sociedad —art. 1729.4.º—, el contrato de mandato —art. 1757— o la renta vitalicia —art. 1786—) y en el *codice di commercio* de 1882 (para la sociedad mercantil —arts. 189.4.º y 191—, la cuenta corriente —art. 348.3.º—, el seguro —art. 433— y el arrendamiento de inmuebles destinados al ejercicio del comercio —art. 703—). Al mismo tiempo, la doctrina que se desarrolla en torno a la problemática de las relaciones jurídicas preexistentes en la quiebra encontró un punto de referencia normativo en los arts. 804 a 806 del *codice di commercio* sobre la venta de bienes muebles, que recogían los derechos de «reivindicación» y de «retención» a favor del vendedor insatisfecho en los casos de quiebra del comprador. De ellos se deducía la posibilidad de sustitución de la sindicatura en el lugar del quebrado y la asunción a su cargo de las obligaciones contractuales de este: el *curatore*, con el consentimiento de los acreedores y la autorización del juez, podía reclamar las mercancías, pagando al vendedor el precio convenido (art. 806 *codice di commercio* de 1882).

Posteriormente, la *legge fallimentare* de 1942 (arts. 72 a 83) sistematiza la materia respecto del Derecho anterior, pero tampoco prevé una normativa general aplicable a los contratos con obligaciones recíprocas. Ante ello, se mantiene la opción de extender la regulación prevista para la compraventa a otros supuestos contractuales, en la medida en que permite establecer a favor del contratante *in bonis* la posibilidad de suspender su ejecución ante la modificación de las condiciones patrimoniales del otro contratante (art. 1461 *codice civile* de 1942)¹¹⁹.

En el Derecho francés también podían encontrarse normas dispersas tanto en el *Code Civil* de 1804 (arts. 1865.4.º, con respecto a la sociedad, y 2005.3.º en relación con el mandato), como en el *Code de Commerce* de 1807 (arts. 346, para el contrato de seguro marítimo, y 450 y 550, para el arrendamiento de inmuebles en caso de quiebra del arrendatario), y la labor doctrinal se desarrolla esencialmente en torno a los artículos 576 a 578 del Código de Comercio que recogían los mecanismos de protección del vendedor de bienes muebles insatisfecho: un derecho de «reivindicación» y un derecho de «retención» de las mercancías que la sindicatura podía enervar si pagaba su precio al vendedor. Ahora bien, en este Ordenamiento el panorama cambia radicalmente con la Ley de 13 de julio de 1967 sobre el acuerdo judicial y la liquidación de bienes, que establece, a semejanza del sistema germánico, un principio general de continuación de los contratos en curso (art. 38), dirigido a procurar a los síndicos, mediante la creación

¹¹⁹ V. GUGLIELMUCCI, L, «Arts. 72 a 83. Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», en *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pgs. 5 y 6.

de un derecho de opción, los medios para continuar la explotación de la empresa en la primera fase del procedimiento concursal, el *réglement judiciaire*¹²⁰.

2.1. Las soluciones doctrinales en los Derechos latinos

La doctrina italiana contemplaba de forma unánime la necesidad de que el contrato estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes, ya que si hubiera sido ejecutado por uno de los contratantes —quebrado o parte *in bonis*— desaparece la situación de bilateralidad y quedaría solamente un crédito a favor de uno u otro contratante. No obstante, el tema no estuvo exento de debate. Las discusiones doctrinales se centraban en el reconocimiento al contratante *in bonis* cumplidor de un derecho de resolución consustancial a la reciprocidad del cumplimiento y que le permitía recuperar su prestación. Para la mayoría de los autores, admitir que el contratante *in bonis* cumplidor podía resolver el contrato ante la falta de cumplimiento íntegro del quebrado suponía concederle un privilegio frente al resto de acreedores y en perjuicio de la masa, cuando su situación era equiparable a la de los acreedores por contratos unilaterales, que solo podían considerarse acreedores concursales. Al mismo tiempo, y tomando en consideración el sistema de protección previsto para el vendedor *in bonis* e insatisfecho, se entendía que cuando el Código de Comercio (art. 804) reconocía al vendedor en estas circunstancias la posibilidad de reivindicar las mercancías expedidas al quebrado exigía que al día de la declaración de quiebra no hubieran llegado a su poder, de manera que, cumplida la obligación de entrega por el vendedor, cuando las mercancías se encontraban a disposición del comprador quebrado, aquel perdía la posibilidad de «reivindicarlas»¹²¹ y solo podía insinuar en el procedimiento su crédito por el precio.

¹²⁰ MONSERIE, M. H., *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, cit., pgs. 14 y 15.

¹²¹ V. SALVADORE, I. A., *Effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, Nápoles, 1914, pgs. 23 y 24; BRUNETTI, A., *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, pg. 374; NAVARRINI, U., *Trattato di Diritto fallimentare*, vol. I, Bologna, 1934, pgs. 259 y 260; y, especialmente, MONTESSORI, R., *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, Roma, 1917, pgs. 6 y ss y, sobre todo, BONELLI, G., *Del Fallimento (Commento al codice di commercio)*, cit., pgs. 569 a 572.

BONELLI rechazaba la resolución del contrato a favor del contratante cumplidor en caso de quiebra de la otra parte en base a tres consideraciones: primera, el derecho de resolución no forma parte de la esencia del contrato bilateral, sino que constituye una especie de «privilegio» que la ley concede y que debe rechazarse en caso de quiebra. Segunda, la quiebra no implica incumplimiento, ya que la sindicatura cumple con arreglo a las normas concursales las obligaciones del quebrado. Tercera, si en todo caso el incumplimiento debe considerarse un hecho del quebrado que se verifica como consecuencia de la quiebra, no puede conferir derechos en perjuicio de la masa.

Frente a las tesis de BONELLI, se alza la opinión de los que no consideraban que el reconocimiento de la condición resolutoria tácita (art. 1165 *codice civile*) al contratante cumplidor suponga un trato privilegiado en relación con los demás acreedores del quebrado. Al mismo tiempo, no admitían que el pago en sede concursal constituyera una forma de cumplimiento del contrato, y no veían la necesidad de imputar el incumplimiento al quebrado. Estos autores entendían que el contratante *in bonis* a cambio de su cumplimiento íntegro no obtiene en ningún caso un «cumplimiento» en sede concursal, ya que conforme a la ley del dividendo solo recibirá un porcentaje dinerario, aun cuando la prestación pactada fuera no dineraria. Junto a ello, el incumplimiento no puede considerarse siempre un hecho del quebrado, ya que puede derivar de un hecho objetivo de naturaleza económica. La propia normativa —art. 1165

En Francia, en cambio, no había inconveniente a la hora de admitir que el conflicto surge tanto si el contrato está pendiente de ejecución por ambas partes, cuanto si solo está pendiente de ejecución por el quebrado. Esta diferente perspectiva parecía justificarse en el hecho de que los autores franceses no dudaban en reconocer la eficacia frente a la quiebra de la condición resolutoria tácita o implícita propia de los contratos con obligaciones recíprocas —art. 1184 *Code Civil*—, que entraría en funcionamiento ante la ruptura del equilibrio de las prestaciones a que daría lugar la declaración de quiebra de un contratante¹²².

Ahora bien, como en el caso español, ante la ausencia de una normativa aplicable a los contratos con prestaciones recíprocas en la quiebra, se tratan de elaborar unos criterios generales tomando como punto de referencia normativo los preceptos que regulaban los derechos de reivindicación del vendedor de bienes muebles insatisfecho en la quiebra del comprador (arts. 804 a 806 *codice di commercio* de 1882, y 574 a 578 *Code de Commerce* de 1807). Estas normas establecían a favor del vendedor insatisfecho un derecho de «reivindicación» de las mercancías «en tránsito» y un derecho de «retención» de las mercancías que aún se encontraban en su poder, y contemplaban la posibilidad de que en ambos supuestos, la sindicatura pudiera hacerse entregar la mercancía, pagando al vendedor el precio convenido. A diferencia del

CC— para conceder la facultad de resolución por incumplimiento solo exige que una parte no satisfaga a la otra su obligación, sin que deba concurrir ningún otro requisito de carácter subjetivo.

No obstante estas divergencias, los autores alcanzaban idénticas conclusiones, ya que todos coincidían en considerar que los arts. 804 y 805 del CCom constituían normas de carácter excepcional en las cuales el legislador se preocupaba de que el quebrado no hubiera obtenido la disponibilidad de las mercancías, de modo que el contrato podía considerarse inejecutado por la parte *in bonis*. La prestación no había entrado en la esfera jurídica del quebrado, de manera que, conforme a un criterio de «equidad», la contraparte podía «reivindicar» las mercancías. En consecuencia, no existía una disposición legal que impidiera el ejercicio de la condición resolutoria tácita al contratante cumplidor en caso de quiebra de la contraparte, pero, si el legislador había regulado únicamente determinados supuestos de «reivindicación», es porque pretendía excluir los demás, con lo que los mecanismos de defensa del vendedor *in bonis* (una «reivindicatoria» fundada en la resolución) solo se admitirían cuando el contrato podía considerarse inejecutado por ambas partes, porque las mercancías aún no habían llegado a disposición del comprador. V. MALVAGNA, S., «L'influenza del fallimento sui contratti in corso d'esecuzione», *Diritto e Pratica Commerciale*, 1930, pgs. 32 y ss, en especial, pgs. 48 a 53.

¹²² V. BONNICHON, E., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, París, 1900, pgs. 13 y 14. Este autor entiende que, tras la declaración de quiebra y ante el incumplimiento del quebrado, entran en juego los principios de la *lex commissoria* tácita, de tal modo que: primero, si la quiebra supone un obstáculo para la ejecución del contrato, este se resuelve *ipso iure*; segundo, si la quiebra no supone un obstáculo para la ejecución, el contrato se mantendrá cuando los órganos del procedimiento cumplan con la obligación a cargo del quebrado u ofrezcan garantía de cumplimiento y, tercero, si la quiebra no ejerce ninguna influencia sobre el contrato atendida su naturaleza, este continúa con el quebrado. También, PERCEROU, J., *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, París, 1937, pgs. 213 y 215.

Por otro lado, BONNICHON toma en consideración el carácter restrictivo de las normas que regulan los mecanismos de protección del vendedor *in bonis* en las ventas de bienes muebles. El hecho de que el legislador solo admitiera la reivindicación de las mercancías en ruta (art. 576) e impidiera la eficacia (art. 550) de cualquier otro mecanismo de defensa reconocido por el Derecho común (art. 2102.4 *Code Civil*) al vendedor insatisfecho con el fin de recuperar la mercancía, no impide reconocer en la quiebra la eficacia de la resolución a favor del contratante *in bonis*, v. *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pgs. 208 y 209.

Derecho español, en Francia o en Italia no se reconocía en el ámbito concursal un «derecho de reivindicación especial» del vendedor al contado. De hecho, en tanto el Código de Comercio español distinguía entre las compraventas al contado y a plazo, y preveía a favor del vendedor insatisfecho la posibilidad de «reivindicar» las mercancías en poder del comprador, los códigos de comercio francés e italiano desconocen esta distinción y limitan los derechos del vendedor insatisfecho al hecho de que las mercancías no hayan llegado a poder del comprador¹²³. En aquellas legislaciones, la «reivindicación especial del vendedor al contado» que subsistía en el Derecho civil —art. 2104 *Code Civil* y art. 1513 *codice civile*— es desterrada del Código de Comercio de forma expresa —art. 550 *Code de Commerce* tras la reforma de 1838— o en base a la interpretación doctrinal mayoritaria¹²⁴. No obstante, las consecuencias que se deducían de esas normas para los contratos bilaterales pendientes en la quiebra son semejantes a las que vimos para el Derecho español. La doctrina enunciaba dos principios fundamentales en la materia: el primero establece que la parte *in bonis* no viene obligada a cumplir su prestación, pudiendo suspender la ejecución del contrato —art. 805 y art. 577 respectivamente—¹²⁵; el segundo contempla la posibilidad de cumplimiento por parte de la sindicatura en el lugar del quebrado, asumiendo con cargo a la masa las obligaciones del mismo —arts. 806 y 578, respectivamente—¹²⁶. A su vez, tales principios permitían deducir una serie de reglas, aplicables a aquellos contratos con respecto a los cuales no se había establecido una regulación legal de los efectos de la quiebra.

¹²³ BONELLI, G., *Del Fallimento (Commento al codice di commercio)*, vol. III, Milán, 1923, pg. 570, n. (3).

¹²⁴ V. MONTESSORI, R., *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, cit., pgs. 193 y ss. V., especialmente, BONNICHON, E., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pgs. 195 y ss.

En cuanto al derecho de retención de las mercancías en poder del vendedor puede entenderse incluido en el art. 909.9, que de forma semejante al art. 805 del *Codice di Commercio*, alude a la posibilidad de *reivindicar* las mercancías «mientras no se le hubiere hecho la entrega material de ellas».

¹²⁵ Parece lícito extender a toda relación bilateral o sinalagmática en caso de quiebra lo dispuesto para la compraventa en caso de insolvencia del comprador: el vendedor no está obligado a entregar la cosa ante el peligro de perder el precio (art. 1469 *codice civile* y arts. 1612 y 1613 *Code Civil*). V., por todos, MONTESSORI, R., *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, cit., pgs. 36 y 37; BONNICHON, E., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pg. 80; y PERCEROU, J., *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, cit., pgs. 484 y ss.

¹²⁶ Como ocurría en el Derecho español, de la posibilidad que se reconocía a la sindicatura en caso de quiebra del comprador de exigir la mercancía pagando el precio convenido se deduce con carácter general un derecho de los órganos del procedimiento a sustituir al quebrado en el contrato, v. RAMELLA, A., «Trattamento dei contratti nel fallimento en el concordato preventivo», *Il Diritto fallimentare e delle Società Commerciali*, enero-febrero, 1931, pgs. 648 y ss, en especial, pg. 652; también, BONELLI, G., «Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali», *Riv. Dir. Comm.*, 1918, pgs. 1 a 14; y NAVARRINI, U., *Il fallimento (estratto dal Trattato Teorico-Pratico di Diritto commerciale-V.VI)*, Turín, 1926, pgs. 143 y 144. V., en la jurisprudencia, RUISI, G., «Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», *Riv. di Dir. Civ.*, XI, 1965, pgs. 254 y ss, en especial, pgs. 256 a 258. También para el Derecho francés v. BONNICHON, E., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pg. 95.

En primer lugar, la quiebra no producía la resolución automática del contrato¹²⁷, salvo que así se hubiera previsto por la ley —v. gr., sociedad, mandato, cuenta corriente— o por voluntad de las partes¹²⁸. Esto no significa que la apertura del procedimiento no tuviera ninguna influencia sobre la relación contractual pendiente. La quiebra daría lugar a una situación de suspensión —*arresto*— de la relación, fundada en el hecho de que la parte *in bonis* no se veía obligada al cumplimiento íntegro, mientras la otra parte no podía cumplir conforme a lo pactado por estar en quiebra¹²⁹. La ruptura del equilibrio de las prestaciones que origina la declaración de quiebra de un contratante en la relación recíproca, atribuye a la parte *in bonis* un derecho a retener su prestación con la eficacia de suspender —*arrestare*— el normal desarrollo de la contratación. Las divergencias entre los autores surgen a la hora de establecer el fundamento de esa

¹²⁷ V. BONNICHON, E., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pg. 71 y ss; y MONTESSORI, R., *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, cit., pg. 37 y ss.

En la doctrina francesa, los autores suelen distinguir entre los contratos que se resuelven de pleno derecho por la quiebra y los contratos en los que la quiebra puede constituir una causa de resolución para la parte *in bonis*, v. BONNICHON, E., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pgs. 14 y ss; y PERCEROU, J., *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, cit., pgs. 215 y ss. Para que el contrato se resuelva *ipso iure* por la quiebra de cualquiera de las partes se requieren dos condiciones: que las obligaciones contractuales por su propia naturaleza o en atención al interés de las partes no puedan ser asumidas por los órganos concursales y que dichas obligaciones no tengan trascendencia estrictamente personal —en cuyo caso podrán continuar con el quebrado—, sino que afecten al ámbito patrimonial del deudor —en cuyo caso no podrán ser asumidas por el quebrado, ya que carece de poder de disposición sobre sus bienes—. Esta misma concepción sigue la jurisprudencia, en las sentencias de los tribunales mercantiles de Liège de 8-7-1910 (*Journal des faillites*, 1910, pg. 532), Algeri de 10-11-1908, Amiens de 9-12-1905 y Nîmes de 21-1-1907 (*Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 1911, 2, pg. 327, 1907, 2, pg. 273 y 10907, 2, pg. 311, respectivamente).

¹²⁸ En cuanto a la eficacia de las cláusulas contractuales que establecen la resolución del contrato en caso de quiebra de uno de los contratantes, entre los autores italianos hay divergencia de criterios. V., en contra, MONTESSORI, R., *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, cit., pgs. 130 y ss; y, a favor, MALVAGNA, S., «L'influenza del fallimento sui contratti in corso d'esecuzione», cit., pgs. 161 y ss. La doctrina y jurisprudencia francesas admiten generalmente este tipo de cláusulas, v., por todos, PERCEROU, J., *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, cit., pgs. 223 y 235; y BONNICHON, E., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pgs. 121 y ss.

¹²⁹ ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, RDP, Pamplona, 2001 (RDP monografías, 5), pg. 341, entiende que «la interpretación global del art. 909.9 permite considerar que, aun sin un reconocimiento tan claro como en otros ordenamientos, en el nuestro también se reconoce al vendedor impagado un derecho a retener los bienes que están bajo su posesión inmediata que, en realidad, debería configurarse más como un derecho a suspender la plena ejecución del contrato». En cuanto a la naturaleza de tal derecho este autor cree que se identifica generalmente con un derecho de retención, «que se corresponde con el que concede de modo habitual el Derecho civil» —idem, pg. 342—. Sin embargo, a nuestro entender no parece que sea tan habitual en la doctrina asociar el derecho a no entregar el bien al derecho de retención. Así, PERCEROU —*Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, cit., pg. 484— alude a un derecho de retención que resulta de la aplicación de los artículos 1612 y 1613 del *Code Civil*, preceptos que según COLIN y CAPITANT —*Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, vol. II, París, 1921, pg.338— no son mas que aplicaciones de la *exceptio non adimpleti contractus*. Además, el propio PERCEROU, identifica ese derecho de retención con la *exceptio* cuando se ocupa de los efectos de la quiebra sobre los contratos, v. *infra*, n. 121.

suspensión, ya que: para algunos, se basa en un derecho de retención¹³⁰; para otros, es una manifestación de la *exceptio*¹³¹ y, para otros, se funda en un derecho de resolución¹³².

En segundo lugar, la parte *in bonis* podía ejecutar el contrato y someterse al dividendo concursal. Ahora bien, si para la mayoría de los autores cuando la parte *in bonis* decide cumplir, la sindicatura no puede oponerse¹³³, para algún autor, la sindicatura podría rechazar el cumplimiento del contratante *in bonis*, ya que solo el órgano concursal está capacitado para decidir sobre la oportunidad de la ejecución. En otro caso, podría verse obligado a cumplir un contrato en condiciones desfavorables para el procedimiento¹³⁴.

En tercer lugar, la sindicatura podía sustituir al quebrado en el contrato, a no ser que este fuera incompatible con el procedimiento —v. gr., porque suponga un obstáculo

¹³⁰ V. BONELLI, G., *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, cit., pgs. 568, 576 y 583. El autor habla claramente de derecho de retención, si bien en la nota 1 a la pg. 583, aclara que más que de retención, la cual presupone la posibilidad de resolver el contrato —lo que debe excluirse ante la facultad de la sindicatura de asumir la relación— la suspensión de la relación sería análoga a aquella que se produce en el Derecho común por el ejercicio de la *exceptio inadimpleti contractus*.

¹³¹ V. SALVADORE, I. A., *Effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, cit., pgs. 37 a 39. Este autor pone de manifiesto una cierta confusión entre el derecho de retención y la *exceptio* que derivaría del hecho de que en la compraventa la *exceptio* se concreta en una efectiva retención material. Tal confusión podría encontrarse en MONTESSORI, R., *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, cit., pgs. 31 a 37. Aunque el mismo MONTESSORI se ocupara de aclarar las diferencias entre el derecho de retención y la *exceptio* en *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, Milán, 1908, pgs. 34 a 38.

¹³² V. MALVAGNA, S., «L'influenza del fallimento sui contratti in corso d'esecuzione», cit., pgs. 140 a 143. BONELLI combate esta tesis entendiendo que si se atribuye al contratante *in bonis* un derecho de resolución se le estaría colocando en una posición privilegiada respecto del resto de acreedores del quebrado, v. *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, vol. II, cit., pgs. 576 y 577. Para los autores franceses no cabe duda de que, conforme a las normas de Derecho común, la contraparte *in bonis* que aún no ha ejecutado su prestación en un contrato con obligaciones recíprocas se encuentra en una situación privilegiada, ya que puede ejercer la *exceptio* y abstenerse de cumplir y pedir la resolución si la sindicatura no cumple el contrato con cargo a la masa o presta garantía de cumplimiento. V. BONNICHON, E., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pgs. 79 a 81; y PERCEROU, J., *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, cit., pg. 231.

¹³³ V. NAVARRINI, U., *Trattato di Diritto fallimentare*, cit., pg. 263; MONTESSORI, R., *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, cit., pg. 63; y BONELLI, G., «Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali», *Riv. Dir. Comm.*, 1918, pgs. 6 y 7, y *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, cit., pgs. 573 y 574. Para BONELLI tanto la sindicatura, cuanto la parte *in bonis*, gozan de la facultad de cumplir o no cumplir el contrato, que pueden ejercer libremente. Entre la doctrina francesa se impuso claramente el derecho de la parte *in bonis* a decidir si solicita del juez la resolución del contrato o cumple y se somete al dividendo concursal. V. BONNICHON, E., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pgs. 105 y ss; y PERCEROU, J., *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, cit., pg. 232, n. (3).

¹³⁴ En la hipótesis en que se prevea un dividendo importante y la prestación de la parte *in bonis* haya sufrido una notable depreciación, v. SALVADORE, I. A., *Effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, cit., pgs. 31 y 32; v., también la crítica a esta opinión en MALVAGNA, S., «L'influenza del fallimento sui contratti in corso d'esecuzione», cit., pg. 144.

para la liquidación— o de la naturaleza del negocio se derivase —término esencial— que la ejecución ya no era posible; o bien se tratase de un contrato que debiera continuar con el mismo quebrado. En este último supuesto, la quiebra no despliega ninguna influencia sobre la relación, que ha originado obligaciones estrictamente personales y no patrimoniales —arrendamiento de obra o de servicios, mandato de negocios extrapatrimoniales—. Sin embargo, si el contrato combina obligaciones personales y patrimoniales, de modo que debe ser cumplido por el quebrado y la sindicatura no puede asumirlo, pero, al mismo tiempo, el quebrado no puede cumplir las obligaciones de carácter patrimonial porque carece de disponibilidad sobre sus bienes, el contrato vendría abocado a la resolución¹³⁵.

La determinación del alcance y naturaleza de esta «facultad de sustitución» también fue objeto de debate. Por un lado, si la sindicatura asumía el contrato debía cumplir conforme a lo pactado las obligaciones correspondientes al quebrado con cargo a la masa¹³⁶. Por otro, con el fin de explicar esta facultad de la sindicatura, algunos autores acudían a la novación y a la subrogación, en tanto que otros consideraban que su

¹³⁵ V. BONELLI, G., «Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali», cit., pgs. 4 y 5; también, MONTESSORI, R., *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, cit., pgs. 39 y ss. Este autor pone de manifiesto que del hecho de que la sindicatura no pueda sustituir al quebrado en los contratos *intuitu personae* no puede deducirse la consecuencia de que la declaración de quiebra sea causa de resolución *ipso iure* de este tipo de relaciones. V., en la doctrina francesa, BONNICHON, E., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pgs. 81 y ss.

¹³⁶ De modo que si el contrato concede un plazo o término para cumplir a cualquiera de las partes, este tendrá plena eficacia, v. BONELLI, G., *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, vol. III, cit., pg. 603; RAMELLA, A., «Trattamento dei contratti nel fallimento en el concordato preventivo», cit., pgs. 663 a 665; y NAVARRINI, U., *Trattato di Diritto fallimentare*, vol. I, Bologna, 1934, pg. 264 a 266. También, BONNICHON, E., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pgs. 83 a 87. Así, en la compraventa con precio aplazado en caso de quiebra del comprador se entendía que la sindicatura podía exigir la entrega de la mercancía y no vendría obligada a cumplir por su parte hasta el vencimiento del término, ya que la regla del vencimiento anticipado (art. 701 CCom de 1882) no tendría eficacia frente a un contrato en el que la sindicatura ha sustituido al quebrado, v. MONTESSORI, R., *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, cit., pgs. 98 y 99. Ahora bien, cuando el plazo para cumplir se ha establecido a favor del quebrado, surge la cuestión de si la parte *in bonis* puede pedir a la sindicatura que garantice el cumplimiento. Según SALVADORE —*Effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, cit., pgs. 34 y 35—, la regla general es que la parte *in bonis* no puede pretender de los síndicos esa garantía como no podía pretenderla del quebrado. Sin embargo, si el contrato revestía especial trascendencia para la masa y esta se manifestaba insuficiente para atender sus obligaciones, y concurría el peligro para el contratante *in bonis* de no recibir el cumplimiento, este podía acudir al juez y solicitar garantía suficiente. Junto a ello, el propio *codice di commercio* —art. 433— preveía una excepción para el contrato de seguro, donde se reconocía al contratante *in bonis* un derecho a la garantía, que si no se le proporcionaba, le permitía resolver el contrato. Frente a esta opinión particular, la mayoría de los autores son favorables a que los síndicos deban prestar garantía, v., entre otros, MONTESSORI, R., *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, cit., pgs. 87 a 90; MALVAGNA, S., «L'influenza del fallimento sui contratti in corso d'esecuzione», cit., pg. 145; y BONNICHON, E., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pg. 89 a 91.

justificación solo podía hallarse en las propias consecuencias que el procedimiento genera sobre las facultades patrimoniales del deudor¹³⁷.

En cuarto lugar, si ninguna de las partes se pronunciaba respecto al contrato, la generalidad de la doctrina entendía que la parte *in bonis* podía requerir o intimar a la sindicatura para que decidiese si asumiría o no las obligaciones a cargo del quebrado¹³⁸. Si la sindicatura no se pronuncia o bien decide no entrar en el contrato, este se resuelve¹³⁹. Ahora bien, cuando la sindicatura no asumía el contrato y la parte *in bonis*

¹³⁷ V. MALVAGNA, S., «L'influenza del fallimento sui contratti in corso d'esecuzione», cit., pgs. 148 a 153. Para este autor, ninguna de aquellas concepciones sirve de fundamento a la facultad de sustitución de la sindicatura cuya esencia se encuentra en el mero hecho de que los síndicos actúan como representantes del quebrado en todas las relaciones de este. Frente a ello, SALVADORE —*Effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, cit., pgs. 36 y 37— habla de «novación impropia cumulativa», al producirse una subrogación de la masa en el lugar del quebrado en la relación original, pero sin que pueda considerarse liberado de la misma al propio quebrado. El nuevo obligado, la masa, se «añade» al quebrado en la relación, no lo sustituye. MONTESSORI, por su parte, —*Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, cit., pgs. 69 a 73—, queriendo apartarse de la novación, sostiene que la obligación que asumen los síndicos se «añade» a la del deudor, siempre vigente, por lo que habría una subrogación en el ejercicio de las acciones derivadas de la obligación que solo podría explicarse como una «delegación no novativa impropia o imperfecta». De este mismo parecer es BRUNETTI, A., *Diritto fallimentare italiano*, cit., pg. 376.

Por último, desde una perspectiva procesal BONELLI —«Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali», cit., pgs. 10 y ss; y *Del Fallimento (Commento al codice di commercio)*, cit., pgs. 580 y 581— entiende que esta facultad de la sindicatura debe fundarse en los efectos personales y patrimoniales que origina el procedimiento concursal; y CANDIAN, A., «Fallimento e contratti bilaterali in corso di esecuzione», *Riv. Dir. Comm.*, 1933, pgs. 461 y ss, en especial, pgs. 471 y 472—, afirma que se trataría de una particular carga procesal que debe soportar el órgano concursal si pretende obtener la ejecución del contrato para la masa.

¹³⁸ SALVADORE —*Effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, cit., pgs. 35 y 36—, desde una visión un tanto particular, considera que no es posible establecer más términos que los pactados en el contrato, de modo que el contratante *in bonis* no puede interpelar a la sindicatura exigiéndole que se decida en un determinado plazo, y no podrá evitar que el estado de incertidumbre se prolongue hasta que, vencida la obligación a cargo del quebrado, la sindicatura deba cumplir. Si antes del vencimiento de la obligación se interpela a la sindicatura extrajudicialmente, esta no vendrá obligada a responder, sin que a su silencio pueda otorgarse el valor de una negativa expresa a cumplir. De modo que el síndico siempre podrá, hasta el momento del vencimiento, optar por la ejecución. No obstante, si la sindicatura no se pronuncia y vence la obligación a cargo del quebrado, podrá entenderse que rechaza la ejecución del contrato. El vencimiento del término contractual sería suficiente para considerar que la sindicatura renuncia a asumir el contrato. En contra de la posibilidad de intimar a la sindicatura también parece manifestarse BRUNETTI, A., *Diritto fallimentare italiano*, cit., pg. 377.

¹³⁹ Tanto MONTESSORI —*Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, cit., pgs. 85 y 86, y 91 y ss— como BONELLI —«Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali», cit., pg. 8; y *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, cit., pgs. 578 a 580— reconocen a ambas partes —acreedor *in bonis* y síndicos— el derecho de interpelar a la contraparte para que se decida, si bien, a juicio del primero ese requerimiento puede hacerse mediante una simple interpelación oral, mientras que para el segundo la constitución en mora debe hacerse por el juez. En cuanto a las consecuencias de la falta de pronunciamiento o de una decisión contraria al cumplimiento, BONELLI entiende que los contratantes podrán considerarse liberados de las obligaciones a su cargo, sin necesidad de que se produzca una declaración judicial de resolución del contrato; MONTESSORI, en cambio, considera que las partes deben solicitar la declaración de resolución ante el juez del procedimiento, de modo que ambos contratantes podrían enervar la resolución del contrato si se deciden por el cumplimiento antes de que el juez lo declare resuelto. V., también, NAVARRINI, U., *Trattato di Diritto fallimentare*, cit., pg. 266; MALVAGNA, S., «L'influenza del fallimento sui contratti in corso d'esecuzione», cit., pg. 148; y

instaba su resolución, los autores se dividen a la hora de reconocer al contratante *in bonis* un crédito por el resarcimiento de daños¹⁴⁰.

En la jurisprudencia italiana ejerció notable influencia aquella doctrina, representada por BONELLI, que negaba al contratante *in bonis* un derecho a la resolución del contrato susceptible de fundar una pretensión por daños¹⁴¹. Por su parte,

RAMELLA, A., «Trattamento dei contratti nel fallimento en el concordato preventivo», cit., pgs. 665 y 666.

BONNICHON, E., —*Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pgs. 103 y ss— considera las tres hipótesis: que la sindicatura declare que no asumirá el contrato, que la sindicatura no preste garantías suficientes de cumplimiento, o que la sindicatura no se pronuncie en el término establecido. En todos estos casos, el contratante *in bonis* conserva su derecho a invocar la quiebra como causa de resolución del contrato.

¹⁴⁰ No admiten esta posibilidad BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, cit., pg. 375 ni NAVARRINI, *Trattato di Diritto fallimentare*, cit., pgs. 260 y 261. MONTESSORI —*Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, cit., pgs. 102 y ss— entiende que si se ha concedido a la sindicatura la facultad de asumir o no el contrato y decide no asumirlo, el contratante *in bonis* podrá pedir la resolución pero no los daños, ya que la inejecución se ha producido tras la declaración de quiebra, por decisión del órgano concursal. No obstante, el autor admite que una vez clausurado el procedimiento, los daños puedan reclamarse al deudor. BONELLI rechaza, igualmente, el derecho del contratante *in bonis* a reclamar por daños, si bien este autor, como hemos tenido ocasión de ver —v., *supra* n. 77—, parte de la premisa de que no se puede reconocer al contratante *in bonis* un derecho a la resolución del contrato, v., «Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali», cit., pgs. 8 y ss; y *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, cit., pgs. 583 a 588. Frente a esta opinión SALVADORE —*Effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, cit., pgs. 44 y ss— considera que así como la facultad del contratante *in bonis* de no cumplir su prestación no puede considerarse un privilegio, sino una consecuencia lógica de la reciprocidad de las prestaciones; de la misma manera, tampoco se le otorga un trato privilegiado si se le reconoce un derecho a la resolución del contrato, propio de la dinámica de la contratación bilateral, y un derecho al resarcimiento de los daños, que, como el de cualquier otro acreedor, sufriría los efectos de la quiebra al verse sometido al dividendo concursal. Por otra parte, el autor no entiende por qué debe excluirse del procedimiento el crédito por los daños en base al hecho de que la resolución se insta con posterioridad a la declaración de quiebra. A su juicio habría de tenerse en cuenta que el derecho a la contraprestación a favor del contratante *in bonis* es anterior al procedimiento y el derecho al resarcimiento de los daños no es más que la transformación del cumplimiento específico en cumplimiento por equivalente. En esta idea abundará posteriormente CANDIAN, para admitir el crédito por daños a favor del contratante *in bonis*, v. «Fallimento e contratti bilaterali in corso di esecuzione», cit., pg. 473. Una importante crítica a aquellos que rechazan el carácter concursal del crédito por daños a favor del contratante *in bonis* se encuentra también en MALVAGNA, S., «L'influenza del fallimento sui contratti in corso d'esecuzione», cit., pgs. 153 y ss. Por último, RAMELLA —«Trattamento dei contratti nel fallimento en el concordato preventivo», cit., pgs. 666 y ss— se plantea la posibilidad de que el crédito por resarcimiento de daños constituya más que un crédito concursal, limitado al dividendo, un crédito contra la masa, que deberá satisfacerse en su integridad. A estos efectos, el autor distingue entre un crédito por daños surgido antes de la declaración de quiebra por incumplimiento del deudor y un crédito por daños derivado de la negativa de la sindicatura a continuar con el contrato, y considera que ambos tendrían carácter concursal.

En Francia, mientras que la mayoría de autores reconoce el derecho del contratante *in bonis* a reclamar por daños en la quiebra —v. PERCEROU, J., *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, cit., pgs. 255 y ss, especialmente, 263 y ss—, BONNICHON, E., —*Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pgs. 305 y ss— rechaza esta posibilidad.

¹⁴¹ Frente a ello, destaca la *Corte di cassazione* de Turín, que en la sentencia de 10.4.1912 (*Riv. Dir. Comm.*, 1912, II, pg. 479) establece que la quiebra no es causa de resolución de los contratos de duración, pero el contratante *in bonis* puede hacer valer el derecho al resarcimiento de los daños cuando la masa no asuma la ejecución del contrato. Favorables al crédito concursal por los daños son también las sentencias de la misma *Corte di cassazione* de 28.8.1913 (*Riv. Dir. Comm.*, 1913, II, pg. 933) y de 16.7.1920 (*Riv.*

la jurisprudencia francesa, inicialmente también negaba esa pretensión, si bien con el tiempo se produce un cambio de opinión y se limita la negativa a los supuestos de reclamación del vendedor de bienes muebles en caso de quiebra del comprador, admitiéndose en los demás casos¹⁴².

3. La crítica a la solución doctrinal fundada en los artículos 908 y 909 del Código de Comercio

La escasa doctrina que en el Derecho español abordó esta problemática criticaba la solución fundada en los supuestos de reivindicación del vendedor de bienes muebles insatisfecho en caso de quiebra del comprador. En primer lugar, porque se basaba en normas particulares e incompletas: por una parte, los apartados 8 y 9 del 909 solo se ocupaban del contrato de compraventa en el supuesto de quiebra del comprador, y cuando el objeto de la compraventa fueran géneros o mercaderías; por otra, únicamente ofrecían una perspectiva jurídico-real y no abordaban la dinámica obligacional del contrato, ya que reconocían al vendedor de bienes muebles un *derecho de reivindicación especial* en las ventas al contado y un *derecho de retención* sobre las mercancías en tránsito cuyos títulos representativos podían haber sido remitidos, en las ventas a plazo. En segundo lugar, porque dichas normas constituían disposiciones de carácter excepcional no susceptibles de interpretación extensiva o aplicación analógica. El artículo 909 enumeraba una serie de supuestos taxados en los que se permitía la *separación* de determinados bienes de la masa activa de la quiebra y que funcionaban como excepciones frente al principio general de universalidad, que integra en la masa activa todos los bienes y derechos que formen parte del patrimonio del deudor a la fecha de apertura del procedimiento concursal¹⁴³.

Dir. Comm., 1921, II, pg. 406), y la sentencia de la *Corte di cassazione* de Palermo de 24.6.1919 (*Riv. Dir. Comm.*, 1920, II, pg. 20). En cambio, el tribunal de apelación de Turín en sentencia de 8.5.1911 (*Riv. Dir. Comm.*, 1911, II, pg. 673) afirmaba que la declaración de quiebra resuelve de *iure* los contratos de duración, pero rechazaba que el contratante *in bonis* tuviera un crédito por los daños derivados de la resolución. En cuanto a los contratos de tracto único, la sentencia del Tribunal de Venecia de 3.8.1911 (*Riv. Dir. Comm.*, 1912, II, pg. 73), entendía que el derecho de resolución recogido en el art. 1165 *codice civile* era inaplicable en el ámbito de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de ejecución en la quiebra, sin que el vendedor insatisfecho pudiera hacer valer en el pasivo de la quiebra del comprador un crédito por el resarcimiento de daños. En el mismo sentido, destacan también las sentencias del Tribunal de Liorna de 4.7.1908 (*Riv. Dir. Comm.*, 1908, II, pg. 568) y del Tribunal de Génova de 4.2.1908 (*Temi genov.*, pg. 158). V., también, en cuanto a la negación del crédito por resarcimiento de daños, la jurisprudencia citada en BONELLI, G., *Del Fallimento (Commento al codice di commercio)*, cit., pg. 572, n. 9 bis. Y, especialmente, RUISI, G., «Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», *Riv. di Dir. Civ.*, cit., pgs. 254 s 256.

¹⁴² V. MONTESSORI, R., *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, cit., pg. 102, n. (1).

¹⁴³ V. FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pg. 121; y GARCÍA VILLAVARDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y de la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pgs. 320 a 322. También, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, Madrid, 1997, pgs. 100 y ss; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, Madrid, 1999, pg. 92; y, especialmente, ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pgs. 310 y 311. No obstante, este autor reconoce la posibilidad de aplicar el derecho de separación a favor del vendedor a otros contratos cuyo tratamiento normativo es

Además, estas medidas de protección del vendedor contrastaban ampliamente con los principios civilistas que rigen la transmisión de la propiedad en el contrato de compraventa, y se enfrentaban, igualmente, a los principios concursales que imponen la paridad de trato de los acreedores en el seno del procedimiento de quiebra¹⁴⁴.

Los apartados 8 y 9 del 909 formaban parte de las denominadas «acciones de separación de la quiebra», que permitían «separar» de la masa de bienes del procedimiento determinados elementos patrimoniales por razón del dominio —*separatio ex iure domini*, arts. 908 y 908 CCom— o en base al crédito —*separatio ex iure crediti*, art. 918 CCom—. De tal manera que la masa activa de la quiebra se vería «reducida»¹⁴⁵, en función de la propiedad de un tercero sobre el bien objeto de ocupación o en función del privilegio sobre algunos bienes de que gozan determinados acreedores en el seno del procedimiento de quiebra.

3.1. La doctrina en torno a las «reivindicatorias especiales de la quiebra»

El artículo 909 del Código de Comercio enumeraba una serie de bienes «que se consideraban comprendidos en el artículo 908 para los efectos señalados en él»; y tales efectos eran que los citados bienes «serán considerados de dominio ajeno y se pondrán a

el de la compraventa —permuta, comisionista de compra en relación con el comitente quebrado, suministro—. También, GARRIGES —*Curso de Derecho mercantil*, t. V, cit., pg. 47— admitía la posibilidad de aplicar las disposiciones del art. 909 sobre el contrato de compraventa a todos los demás contratos bilaterales en los que la prestación del quebrado haya de realizarse en dinero.

¹⁴⁴ Ese contraste se produce tanto en aquellos sistemas que requieren la *traditio* para transmitir la propiedad —caso español—, como en aquellos otros sistemas consensuales de transmisión, donde el momento traslativo se anticipa al instante en que se perfecciona el contrato —caso francés e italiano—; el vendedor que reclama la mercancía en poder del comprador o cuyos títulos representativos ya han sido transmitidos no puede considerarse propietario. Como se ha dicho, «se trata de una norma que contradice el régimen general del Derecho concursal, en virtud de la cual deben formar parte de la masa activa todos los bienes del quebrado», y que coloca al vendedor en una posición privilegiada frente al resto de los acreedores del comprador, v., estos razonamientos con respecto al 909.9 —derecho de *stoppage* en las ventas con expedición—, que pueden extenderse al 909.8 —reivindicatoria especial del vendedor al contado—, en RECALDE, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, Madrid, 1992, pgs. 200 y 201.

¹⁴⁵ Las técnicas de «reducción» de la masa se contraponen a las de «reintegración». La finalidad de tales procedimientos es lograr la coincidencia entre la denominada «masa de hecho» —*istmasse*—, el conjunto de bienes y derechos que son objeto de ocupación por los órganos del procedimiento, y la «masa de derecho» —*sollmasse*—, el conjunto de bienes y derechos del deudor quebrado que deben destinarse a la satisfacción de sus acreedores. Para ello será preciso traer a la masa aquellos elementos patrimoniales que salieron indebidamente de ella, normalmente en función de actos de disposición del deudor anteriores a la declaración judicial de quiebra y realizados en perjuicio de sus acreedores; y, al mismo tiempo, permitir que salgan de la masa aquellos bienes que no son propiedad del quebrado o que se hayan afectos a la satisfacción de créditos que no están obligados a someterse al procedimiento de quiebra. V. BELTRÁN, E., «El derecho de separación en la quiebra», en el *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, vol. I, Madrid, 1996, pgs. 255 a 299, en especial, pg. 281. V., con respecto a la suspensión de pagos, SAGRERA TIZÓN, J. M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, vol. IV, Barcelona, 1989, pg. 707.

disposición de sus legítimos dueños»¹⁴⁶. La razón jurídica de esta medida se hallaba en que la propiedad sobre los bienes no se ha transferido al quebrado por un *título legal e irrevocable*¹⁴⁷. De modo que, si los supuestos del 909 tenían su explicación en el 908, el fundamento de la reclamación a favor del vendedor, del arrendador o del comisionista, no podría ser otro que el dominio¹⁴⁸. No obstante, la relación entre ambas normas no resultaba del todo clara, hasta el punto de que se aportaron dos explicaciones diversas de la conexión entre esos preceptos. Según algunos, el 908 acogía la reivindicación

¹⁴⁶ Estos preceptos tienen su antecedente inmediato en los artículos 1113 y 1114 del Código de Comercio de 1829, que presentan puntuales y llamativas divergencias respecto del 908 y 909. Tales normas son consecuencia del principio de que la quiebra solo puede extenderse a los bienes propiedad del quebrado —art. 1911 CC—, lo que exige dilucidar, entre los bienes en su poder, cuáles son de su propiedad y cuáles pertenecen a terceros, permitiendo la eficacia dentro del procedimiento concursal de los sistemas de protección reconocidos a los propietarios por el Derecho común —v. gr. reivindicatoria—.

Frente a ello, el Derecho anglosajón mantuvo inicialmente una concepción completamente distinta. En Derecho inglés existía una regla de origen estatutario introducida por la *Bankruptcy Act* de 1623 por la que, bajo especiales circunstancias, los bienes que no eran propiedad del quebrado pero se encontraban en su poder en el momento de apertura del procedimiento podían ser incluidos en la masa activa, quedando afectos a los fines del procedimiento. Esta regulación constituye la doctrina de la propiedad presunta —*reputed ownership*—, que se dirige a sancionar las transacciones fraudulentas entre el quebrado y los terceros e impedir al deudor la obtención de un falso crédito en perjuicio de sus acreedores. El sistema, aplicable inicialmente tanto a los comerciantes como a los no comerciantes, con el tiempo se limita a los bienes afectos al comercio —art. 44, Ley de 25.8.1883— y permite a los acreedores considerar de la masa todos los bienes que se encuentran en posesión del deudor o a su disposición. El único límite a esta doctrina lo constituía el derecho de *stoppage in transitu* reconocido al vendedor por la *Sale of Goods Act* de 1893. No obstante, este derecho, regulado en el marco general de la compraventa, era ejercitable tanto dentro como fuera del procedimiento concursal y carecía de repercusión respecto de la subsistencia de la correspondiente relación de compraventa —v., *infra* pg. 157 y ss—.

La última legislación que incorpora la doctrina de la *reputed ownership* fue la *Bankruptcy Act* de 1914, s. 38 (c). De acuerdo con esta norma los bienes muebles y los derechos de crédito relativos al negocio del deudor, en su poder o a su disposición, una vez abierto el procedimiento concursal, quedaban comprendidos en la masa activa, sin que fuera posible su reclamación. Se entendía que este sistema ofrecía una eficaz protección del crédito y constituía una sanción a la negligencia o complicidad de aquellas personas que al dejar en manos del posterior deudor sus bienes, contribuían a crear una apariencia engañosa de solvencia.

La doctrina de la *reputed ownership* fue objeto de numerosas críticas, ya que una rígida aplicación de estos principios convertía el sistema en una verdadera «trampa para el imprudente», que se veía obligado a sacrificar sus intereses legítimos como propietario, cuando, en muchas ocasiones, se constata que el crédito se concede en consideración más a la persona que a los bienes. Los tribunales proceden entonces a una interpretación más flexible de estas disposiciones, y la *reputed ownership* desaparece definitivamente con la reforma de 1985-86. Las críticas a las que fue sometida impidieron su establecimiento en Derecho americano, v. KAYSER, P., «Le droit de résolution du vendeur de meubles non payé au cas de faillite de l'acheteur et la Loi du 20 mars 1928», *Ann. de Droit Comm.*, t. XLI, 1932, pgs. 187 a 201 y 269 a 287, en especial, pg. 190; también, RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*, México, 1951, pgs. 23 a 26; y FLETCHER, I. F., *The Law of Insolvency*, Londres, 1990, pg. 194.

Actualmente en Derecho anglosajón se considera que el patrimonio del deudor pasa a la administración del procedimiento en las mismas condiciones en que este lo tenía. Así, la legislación inglesa dispone que, con la apertura del procedimiento, la totalidad de los bienes del deudor —*property*— se confieren a la administración —*trustee*— y constituyen la masa —*the bankrupt's estate*— (s. 306 *Insolvency Act* 1986), si bien se pueden hacer valer frente al *trustee* las garantías (*security*), privilegios (*lien*) y embargos (*execution*) que se tuvieran frente al quebrado, v. FLETCHER, F., *The Law of Insolvency*, cit., pgs. 174 y ss.

¹⁴⁷ Así, según GARRIGES, «el vendedor reclama las mercancías por no haber transferido su propiedad por un título legal e irrevocable», v. *Curso de Derecho mercantil*, t. V., cit., pg. 46.

¹⁴⁸ V. SAGRERA TIZÓN, J.M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, cit., pg. 710.

propia por parte del dueño y suponía el reconocimiento expreso de la posibilidad de aplicar la acción reivindicatoria ordinaria (art. 348.2 CC) al juicio de quiebra. El ejercicio de esta acción exigiría la concurrencia de tres requisitos: la propiedad del actor reivindicante, la posesión o detentación del quebrado y la identificación del bien objeto de la reivindicación¹⁴⁹. El artículo 909, por su parte, abarcaría los casos de reivindicatoria impropia de la quiebra. Supuestos de reivindicación que presentaban algunas peculiaridades respecto de la reivindicatoria ordinaria. Dichas especialidades se establecían en función del procedimiento con la finalidad de proteger a determinados sujetos. Así, el artículo 909 contemplaba supuestos en los que no se requería que el actor reivindicante fuera propietario (apartados 3.º y 6.º, en los que bastaba con justificar la existencia de un contrato en cuya virtud el quebrado recibió la posesión de las cosas del que ejercita la pretensión de separación) o no se exigía la completa identificación de la cosa (apartados 6.º y 7.º), o bien la acción se dirigía contra bienes que se encuentran en poder y propiedad del quebrado (apartado 8.º)¹⁵⁰.

Para otros autores, en cambio, el Código de Comercio no recogía dos reivindicatorias, una ordinaria —la del art. 908—, y otra concursal y especial —los supuestos del 909—, sino que en ambos preceptos el legislador solo pretendía regular las reivindicatorias especiales de la quiebra. Tanto el 908 como el 909 contemplaban una acción reivindicatoria característica y peculiar del procedimiento de quiebra, la llamada «reivindicatoria impropia o reivindicatoria concursal». La diferencia entre ambas normas estribaba en que el artículo 908 regulaba la configuración legal de esa reivindicatoria especial, mientras que el 909 enumeraba supuestos concretos de reivindicación, en los que se especificaban los bienes, efectos y mercancías que se encontraban en la situación descrita en el artículo 908¹⁵¹.

Ciertamente, el artículo 908 no podía limitarse a reconocer la aplicabilidad en la quiebra de la acción reivindicatoria civil u ordinaria, ya que en tal caso carecería de contenido real. Como se ha puesto de manifiesto, aun sin este precepto sería posible el ejercicio de la acción reivindicatoria ordinaria en el juicio de quiebra¹⁵². Sin embargo,

¹⁴⁹ V. SACRERA TIZÓN, J.M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, cit., pgs. 711 a 722.

¹⁵⁰ V. RAMÍREZ, J. A., *La quiebra*, t. II, cit., pgs. 1424 y ss. SÁNCHEZ CALERO entiende que «junto a esta reivindicación propia por parte del dueño [se refería al art. 908], aparecen una serie de supuestos en los que se confiere a ciertas personas el derecho de separar algunas cosas. Son casos de “reivindicaciones impropias” o de “reivindicaciones especiales” para el caso de quiebra, que se reconocen con la finalidad de proteger —por motivos de justicia— a ciertas personas», —v. *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., pg. 619—. En el mismo sentido, v. VIGUERA RUBIO, J. M., «La masa de bienes de la quiebra», en *Derecho mercantil*, cit., pgs. 737 y 738.

¹⁵¹ V. GARRIGES, J., *Curso de Derecho mercantil*, t. V, cit., pg. 63; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio Crítico de Derecho mercantil*, t. II, cit., pgs. 888 y 889; URÍA, R., *Derecho mercantil*, cit., pgs. 1074 y 1075; y SAGRERA TIZÓN, J. M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, cit., pg. 711. Esta parece ser también la concepción de RODRÍGUEZ Y RODRIGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*, cit., pgs. 32 y ss.

¹⁵² V. RODRÍGUEZ Y RODRIGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*, cit., pg. 32; y RAMÍREZ, J. A., *La quiebra*, t. II, cit., pg. 1424, n. 140. También, en el Derecho italiano, SUPINO, D., *La rivendicazione nel fallimento*, Florencia, 1881, pgs. 15 y 16; y, sobre el ejercicio de la reivindicatoria

no es este el principal argumento en contra de la primera interpretación. El 908 no recogía una reivindicatoria ordinaria porque no exigía *en ningún caso* que el actor reivindicante probase que era propietario, sino que el demandante en aquella acción debía probar que el quebrado no era propietario en virtud de un título legal e irrevocable¹⁵³. Además, aquella tesis no puede mantenerse porque no ofrecía una interpretación integradora del artículo 908 en relación con el 909, y solo desde la necesaria conexión entre ambas normas podría entenderse que el legislador considere comprendidos en el 908, para los efectos señalados en él, los supuestos del 909.

Para los defensores de la segunda interpretación, el 909 no contemplaba especialidades o excepciones respecto del 908, sino que ambos preceptos configuran las «acciones reivindicatorias especiales de la quiebra» y, por tanto, presentaban unas características propias, diversas de la reivindicatoria civil u ordinaria. Así, eran especiales desde un punto de vista procesal, ya que el propietario veía reconocido su derecho en junta de acreedores (art. 908)¹⁵⁴; pero, sobre todo, eran especiales desde un

ordinaria en la quiebra, BONELLI, G., *Del Fallimento (Commento al codice di commercio)*, vol. III, Milán, 1923, pgs. 539 y ss.

¹⁵³ V. RODRÍGUEZ Y RODRIGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*, cit., pg. 32; GARRIGES, J., *Curso de Derecho mercantil*, t. V, cit., pgs. 46 y 62.

¹⁵⁴ Aunque en Derecho español el sistema de reconocimiento de créditos se basaba en la competencia de la junta de acreedores (arts. 1378 LEC y 1100 y ss CCom de 1829) y en la regla del reconocimiento judicial subsidiario, no creemos que los «acreedores» de los arts. 908 y 909 esté sujetos a estos principios. Conforme al tenor literal del 908, el reclamante podía optar entre el recurso a la junta o el recurso al juez —*previo el reconocimiento de su derecho en junta de acreedores o en sentencia firme*—. De entender que debería esperar a que se celebre la correspondiente junta de acreedores, colocamos al titular ante el riesgo de que cuando pueda plantear la reclamación los bienes hayan desaparecido porque hayan sido vendidos —v. gr., para atender los gastos indispensables de conservación y custodia (art. 1354 LEC)—. Para evitar tales consecuencias, parece preciso arbitrar mecanismos adicionales de protección dirigidos a evitar la ineficacia práctica de esa «reivindicación». En esta vía se situaba aquella concepción que admitía la posibilidad de que el reclamante amparase sus intereses acudiendo al juicio de tercería de dominio, con el fin de impedir toda venta de bienes hasta que se decidiese la tercería. Pero, a través de esta interpretación, no solo no se solucionaba el problema, sino que se caía en otro más complejo: el de la admisibilidad de una acción de tercería de dominio en sede de quiebra. De ahí que resulte más sencillo y, sobre todo, más acorde con la finalidad de aquellos procedimientos, dirigidos a proteger de manera especial a determinados sujetos, entender que el titular tiene la posibilidad de reclamar ante el juez inmediatamente después de la ocupación de los bienes y derechos del quebrado, sin necesidad de esperar a que se convoque junta de acreedores. Tengamos en cuenta que si a través de estas normas, el legislador pretendía someter a los «dueños» al procedimiento, tratándolos «como si» fueran acreedores, al mismo tiempo, no olvida que no lo son y que, por tanto, no pueden verse sometidos a la quiebra como el resto de acreedores del deudor. De ahí que constituyan una categoría especial de acreedores: los «acreedores de dominio» —art. 1113 CCom 1829—. Ahora bien, si se acude al reconocimiento en junta de acreedores hemos de tener en cuenta que a lo largo del procedimiento de quiebra se convocaban diversas juntas, entre ellas la dirigida a examinar y reconocer los créditos y la encargada de graduar los créditos reconocidos y pagar a los acreedores. ¿Cuál de esas juntas sería competente? Del tenor literal del 908 parecía deducirse que lo que el legislador pretendía es que los titulares fueran «reconocidos» en la quiebra. Mientras que los preceptos correspondientes bajo el Código de 1829 —arts. 1113 y 1114— se recogían bajo la rúbrica «de la graduación y pago de los acreedores» —t. VIII—, en el Código de 1885, secc. V, se alude a «los derechos de los acreedores en caso de quiebra», en una clara alusión a las normas concursales de determinación del pasivo. No obstante, la ausencia de una regulación de estas cuestiones procesales en el Código de 1885 conduce a reproducir los debates en torno a la aplicabilidad del Código de 1829, al menos en su vertiente procesal y para lo no previsto en la LEC, lo que originaría división de

punto de vista sustantivo: los supuestos del 909. Estas especialidades se fundaban en las propias exigencias del procedimiento de quiebra y se dirigían a proteger a determinados acreedores del deudor quebrado. De manera que, las reivindicatorias concursales se caracterizaban precisamente por las «divergencias» que presentaban respecto de las exigencias propias de la acción reivindicatoria civil (art. 348-2 CC)¹⁵⁵. Estas «desviaciones», que se producen en función del acto en virtud del cual el bien entró en la masa —compraventa, comisión, depósito o arrendamiento—, cumplían la función de facilitar la separación de determinados bienes, efectos y mercancías de la masa activa de la quiebra a favor de determinados sujetos —vendedor, comitente, depositante y arrendador—.

Por otro lado, junto al argumento literal, el argumento histórico favorece aquella concepción que veía en los artículos 908 y 909 del Código de Comercio la regulación legal de la reivindicatoria concursal¹⁵⁶.

Desde un punto de vista histórico, el Derecho español formaba parte de aquellos ordenamientos decimonónicos que adoptaron el modelo derivado del Código Napoleónico de 1807, el cual acogía expresamente el término «*revendication*» en base a una casuística que se ocupaba especialmente de la reivindicación de la mujer del quebrado, de la reivindicación del comitente en caso de quiebra del comisionista y de la reivindicación del vendedor insatisfecho en la quiebra del comprador. Ahora bien, en este modelo tradicional, más propio de los ordenamientos latinos, pronto se pone de manifiesto que el empleo de la terminología suponía una perversión del propio concepto de acción reivindicatoria, dadas las especialidades que presentaba la normativa concursal con relación a la reivindicatoria civil u ordinaria. De ahí que se acuñe el término «reivindicatoria concursal o impropia» como una manera de expresar su

opiniones en la doctrina, v., por todos, OMAR Y GELPI, J. M., «El procedimiento reivindicatorio en las quiebras», *RDP*, enero, 1945, pgs. 89 a 97; y BELTRÁN, E., «El derecho de separación en la quiebra», cit., pgs. 287 a 296.

En cuanto al ejercicio de estas acciones en la suspensión de pagos, v. SAGRERA TIZÓN, J. M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, cit., pgs. 727 a 735 y 829 a 835.

Asimismo, en los Derechos italiano y francés, desde el punto de vista procesal, se decide incorporar estas reclamaciones al procedimiento concursal, y someter, así, su conocimiento a los órganos de la quiebra, v. ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pgs. 54 y ss.

¹⁵⁵ La acción reivindicatoria se configura como aquella acción que puede ejercitar el propietario que no posee contra el poseedor que no puede alegar un título jurídico que justifique su posesión. El ejercicio de esta acción exige la concurrencia de determinados requisitos esenciales. El propietario reivindicante deberá probar su dominio, la tenencia o posesión del demandado y su falta de derecho a poseer, y la identidad de la cosa. V. MONTES PENADES, V., «Arts. 333 a 391», en Albaladejo (dir.): *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. I, Madrid, 1987, pgs. 206 a 255; y, del mismo autor, «Art. 348», en Paz-Ares; Bercovitz; Díez-Picazo y Cordech (dirs.): *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1993, pgs. 962 a 973.

¹⁵⁶ De reivindicatoria habla también, GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, pgs. 97 y ss.

especial naturaleza¹⁵⁷. Frente a este modelo, el Derecho alemán —representado por la Ordenanza prusiana de 1855, pero, sobre todo, por la *Konkursordnung* de 1877 (par. 43 a 46)— abandona el término «reivindicatoria» para adoptar el más genérico de «separación» —*Absonderungsrecht*— y rechaza la técnica de la enumeración de supuestos para acoger una cláusula general, que reenviaba a la aplicación del Derecho civil. De modo que la separación de bienes que no pertenecían al deudor de la masa del procedimiento concursal se producía sobre la base de un derecho real o personal y se ejercía según las normas vigentes, al margen del procedimiento concursal.

En definitiva, el artículo 909 del Código de Comercio enumeraba distintos elementos patrimoniales que, en determinadas circunstancias y con la concurrencia de ciertos requisitos especiales, eran «separados» de la masa activa de la quiebra en base al procedimiento previsto en el artículo 908. Entre esos elementos patrimoniales se encontraban: los bienes de la mujer del quebrado (art. 909.1.º y 2.º), los bienes que el quebrado tuviera en depósito, administración, arrendamiento, usufructo y comisión, los efectos o títulos que tuviera en comisión de cobranza o para su gestión, y las cantidades derivadas de este tipo de actuaciones por cuenta ajena (art. 909.3.º a 7.º), así como las mercancías en las compraventas al contado y a plazo en caso de quiebra del comprador (art. 909.8.º y 9.º). En tales supuestos era posible el ejercicio de las llamadas «reivindicatorias especiales de la quiebra». La especialidad en cada caso radicaba en las circunstancias y requisitos que habían de concurrir para que fuera posible esa «reivindicación» y el bien pudiera ser «separado» de la masa activa del procedimiento y «restituido» a su «propietario legítimo»; exigencias que se apartaban de las requeridas tradicionalmente para el ejercicio de la acción reivindicatoria civil u ordinaria.

3.2. La crítica a la doctrina de las «reivindicatorias especiales de la quiebra»

En Derecho español llama la atención que, siguiendo aquel modelo tradicional de la reivindicatoria, la doctrina insistiera en una terminología equívoca, cuando ninguno de los sucesivos Códigos de Comercio de 1829 y 1885 utilizaba el término reivindicación o reivindicatorias para referirse a estos mecanismos de reclamación a favor de determinados sujetos dentro del procedimiento de quiebra. Además, frente al esquema tradicional propio de los Derechos latinos, la legislación española presentaba una notable divergencia, ya que no se limitaba a enumerar los supuestos de «reivindicación», sino que establecía un régimen general en el artículo 908 (art. 1113 CCom 1829), que regulaba las condiciones generales de ejercicio de las acciones contenidas en el artículo 909 (art. 1114 CCom 1829)¹⁵⁸. Así, los artículos 1113 y 908 de

¹⁵⁷ V. BONELLI, G., *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, vol. III, cit., pg. 535; y ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pg. 121.

¹⁵⁸ ARIAS VARONA considera que la razón de ser de esta regulación general frente a los supuestos particulares característicos del modelo tradicional pudo deberse al hecho de que en el ámbito del Ordenamiento jurídico español la codificación mercantil (códigos de 1829 y 1885) precedió a la civil (1889) —v. *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pg. 130—.

los sucesivos Códigos de Comercio con la referencia al «dominio ajeno» y a los «legítimos dueños» parecían resolver el problema del derecho sustantivo mediante la reivindicatoria, si bien no regulaban expresamente supuestos de reivindicación.

El fundamento de la reclamación que ejerce el arrendador o el depositante sobre los bienes en poder del quebrado —arrendatario o depositario— diverge del que justifica la acción del vendedor insatisfecho una vez producida la entrega de las mercancías, y este, a su vez, del que se halla en la base de la actuación del vendedor insatisfecho cuando la entrega efectiva al comprador aún no se ha producido. Esta apreciación nos sugiere que el legislador trataba de otorgar unidad adjetiva o procedimental, dentro de la quiebra, a acciones que tenían una fundamentación y una sustantividad propia y distinta del dominio.

La acción que ejerce el propietario frente al arrendatario, el comisionista, el depositario o el usufructuario no puede ser una reivindicatoria, ya que el poseedor respectivo ostenta un título de carácter obligacional —v. gr., arrendamiento— o derivado de un *ius in re aliena* —v. gr., usufructo—, y trae su causa del propio «reivindicante» o de alguno de sus anteriores causantes, de manera que la suya no se puede considerar una posesión indebida. El usufructuario o el arrendatario no pueden ser, en rigor, sujetos pasivos de la reivindicatoria, ya que gozan de un derecho para tener la cosa en su poder¹⁵⁹. Además, tampoco necesitan una acción real de las características de una reivindicatoria, porque siempre podrán ejercitar las acciones recuperatorias propias de la relación que les ligue con el propietario respectivo¹⁶⁰. Así, para ejercer la

De forma semejante, existía la posibilidad de que la *KO* alemana hubiera adoptado la técnica de la norma general debido a que en el momento de su elaboración no había un Derecho civil común para el imperio alemán sino una heterogeneidad de Derechos civiles, ya que los distintos estados mantenían su derecho civil tradicional propio. Ahora bien, a diferencia del legislador español, el legislador alemán, acudiendo a la cláusula general que remitía a la aplicación del Derecho civil, evitaba pronunciarse sobre temas de Derecho material que podían resultar muy polémicos, como el sistema de transmisión de la propiedad.

¹⁵⁹ Por esta misma razón el respectivo causante —v. gr., arrendador— tampoco podrá acudir a la acción interdictal para recuperar la posesión de la cosa. Con un interdicto de recobrar es posible obtener una tutela jurisdiccional dirigida a reintegrar a un poseedor, simple ocupante o tenedor, en la posesión de la cosa, pero para la LEC (arts. 1651 y 1658 LEC 1881) la causa de esta acción consiste en haber sido «despojado» de la posesión o tenencia; circunstancia que no concurre en el respectivo arrendatario, depositario o usufructuario, v. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. III, Madrid, 1987, pgs. 123 a 128.

¹⁶⁰ V. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. III, cit., pg. 199; y MONTES PENADÉS, V., «Arts. 333 a 391», en Albajadejo (dir.): *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. I, cit., pg. 218; y, del mismo autor, «Art. 348» en Paz-Ares, Bercovitz, Díez-Picazo y Salvador Cordech (dirs.): *Comentario del Código Civil*, t. I, cit., pg. 963.

En este tipo de contratos, por lo general de carácter duradero, surge una obligación de restitución de las cosas arrendadas, prestadas o depositadas derivada del deber de liquidación que nace en el momento de la cesación o extinción de la respectiva relación contractual. Así, el arrendatario debe devolver la finca al concluir el arriendo —art. 1561 CC—, el comodatario tiene el deber de restituir la cosa al comodante; la obligación fundamental del prestatario es la de restitución, del mismo modo que, extinguido el depósito, surge para el depositario la obligación de restituir la cosa, v. DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, V. II, cit., pgs. 423, 488, 491 y 501.

«reivindicatoria» de los números 3.º a 6.º del artículo 909 no se requiere la demostración del derecho de propiedad por parte del reclamante —arrendador, comitente o depositante—, el cual puede no ser propietario¹⁶¹. De ahí que el fundamento de esta acción no lo sea tanto el «derecho de dominio» cuanto el «derecho a la restitución»¹⁶² nacido de un contrato de cesión de uso, que es un derecho de crédito independiente de la cualidad de propietario¹⁶³. Por eso lo que habría que probar es la

¹⁶¹ GARRIGES consideraba que «la separación de esos bienes no necesita hacerse a título de dominio», v. *Curso de Derecho mercantil*, t. V, cit., pg. 69.

El arrendador no tiene que ser dueño de la cosa para poder arrendarla, es suficiente con que tenga derecho a su uso o bien a su uso y disfrute. En Derecho español, a diferencia de otros ordenamientos como el alemán o el italiano, estos derechos no son objeto de regulación separada. Pueden arrendarse los derechos susceptibles de uso y goce siempre que estos no sean intransmisibles (como lo son los de uso y habitación, art. 525 CC). De modo que puede arrendar el propietario, pero también todo aquel que tenga un derecho a disfrutar de la cosa —sea o no poseedor de la misma, v. gr., usufructuario—. No obstante, el respectivo arrendatario quedará pendiente de la subsistencia del derecho de su arrendador y podrá verse sometido a normas especiales (arts. 473 y 480 CC).

¹⁶² V., sobre estos derechos de restitución de origen negocial, CASANOVA, M., *Disciplina jurídica delle obbligazioni di restituzione nel fallimento*, Pisa, 1933; RODRÍGUEZ Y RODRIGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*, cit., pgs. 93 y ss; y, especialmente, ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pgs. 194 y ss.

¹⁶³ Al fundar ese derecho en la reivindicatoria surgen los problemas, ya que no habrá ningún inconveniente para reivindicar si los efectos se encuentran en el mismo estado en que se recibieron o puede probarse su identidad o reconocerse su procedencia, pero si hubiesen desaparecido o se hubiera dispuesto de ellos no podría tener lugar la reclamación del propietario frente al quebrado, v. GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Tratado de quiebras*, cit., pgs. 100 a 104. Frente a ello, se razona que esta concepción confunde la «preferencia» que se da tanto a los dueños como a los que no son dueños de las cosas depositadas, administradas, arrendadas o usufructuadas, con el «dominio»: la preferencia es de todos, el dominio solo de los que son dueños, v. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y REUS Y GARCÍA, J., *Código de comercio anotado y concordado*, Madrid, 1878, pg. 485. De modo que, cuando las cosas dadas al quebrado por depósito, administración, arrendamiento o usufructo son fungibles y no permanecen en su poder sin confundirse con otras, «no tendrá su antiguo dueño la reivindicación y los demás derechos consecuencia del dominio, pero sí la consideración de acreedor de dominio», v. RIVES Y MARTÍ, F., *Concurso de acreedores y quiebras*, t. II, Madrid, 1904, pgs. 593 y 594. En este sentido, ESTASÉN, P., *Tratado de las suspensiones de pagos y de las quiebras*, Madrid, 1908, pg. 418, da cuenta de una doctrina consignada por el Tribunal Supremo, con arreglo a la cual no era precisa la existencia de los valores para que se repute acreedor de dominio a quien los entregó sin ánimo de transmitir su propiedad al quebrado. No obstante, ECHÁVARRI Y VIVANCO, J. M., *Comentarios al Código de Comercio*, vol. V, Valladolid, 1933, pg. 503, concluye que la existencia de la cosa restituible es condición necesaria para que la restitución a su dueño pueda efectuarse. Para este autor la Ley no establece a favor de los dueños más preferencia que la de recuperar sus bienes sin necesidad de someterse a los demás trámites de la quiebra.

Todas estas concepciones arrancan de la *contraditio in terminis* entre los conceptos de propietario y acreedor —dominio y preferencia— que tiene su origen en los arts. 1113 y 1114 CCom 1829, que consideraban a estos acreedores pertenecientes a la clase especial de los «acreedores de dominio»; expresión muy criticada por la doctrina y que no fue recogida ya en el Código de Comercio de 1885. V. GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Tratado de quiebras*, cit., pg. 97; y RAMÍREZ, J. A., *La quiebra*, cit., pg. 1427, n. 150.

Fuera ya de aquella contradicción entre el dominio y la preferencia, GARRIGES considera que si la cosa no se encuentra en poder del quebrado y no es posible reclamarla del actual poseedor, es justo, aunque el Código no lo diga, reconocer al reclamante el derecho a insinuar en el pasivo un crédito igual al valor de la cosa en la fecha de la declaración de quiebra. Y si la pérdida de la posesión fuera posterior a la apertura del procedimiento, la masa vendría obligada a restituir íntegramente el valor de la cosa al reclamante. Para este autor, el derecho de separación no podía ejercerse en el caso de los depósitos o arrendamientos irregulares, pues el carácter fungible del objeto del contrato impedía que la acción pudiera dirigirse sobre una cosa específica existente en la masa de la quiebra. Así, el depositante o el arrendador tendría solo un

existencia y validez del contrato concluido entre las partes y no la propiedad. En estas relaciones jurídicas, surgirá la necesidad de «restituir» el bien, cuando el contrato se extinga durante el procedimiento, ya que si la relación está pendiente de cumplimiento y no se extingue, los derechos de las partes dependerán de sus condiciones particulares.

Tengamos en cuenta que el derecho real y el derecho de crédito reciben en el procedimiento concursal un tratamiento diferente. Mientras que el derecho real permanece al margen del procedimiento, el derecho de crédito se ve sometido al mismo. Sin embargo, el artículo 1114 del Código de Comercio 1829, con una técnica deficiente y muy criticada, se refería a estos «legítimos dueños» —art. 1113— como «acreedores de dominio», cuando, conforme a la doctrina mayoritaria, no ostentaban la condición de acreedores, sino que eran titulares de un derecho real de propiedad. Si lo que en principio distingue y caracteriza al «propietario» en la quiebra es que no puede ser acreedor, por lo que permanece fuera de cualquier sistema de prelación o preferencia, a través de estos preceptos los «propietarios» del 909 del Código de Comercio de 1885, como los del 1114 del Código de Comercio de 1829 que eran «acreedores por razón del dominio», quedaban sujetos al procedimiento de verificación y reconocimiento de créditos como cualquier otro acreedor del quebrado¹⁶⁴. Ahora bien, ello solo parece posible si consideramos que en estas acciones los titulares del derecho real de propiedad se ven satisfechos no tanto por su condición de propietarios, cuanto por el hecho de que los bienes no pertenecen al quebrado y, en consecuencia, no pueden destinarse a la satisfacción de los acreedores. De modo que el requisito negativo de la no pertenencia al quebrado aparece como el punto de coincidencia entre la reclamación del titular del derecho real y la del titular de un derecho de crédito a la restitución. Por esta razón podían recibir la misma satisfacción al margen de la quiebra el propietario y el acreedor a la restitución, y el legislador trataba de someter a los propietarios al procedimiento —«acreedores de dominio»—. No obstante, esta perspectiva tiene un fundamento meramente procesal y no sirve para determinar la naturaleza jurídica de esas acciones¹⁶⁵.

derecho de crédito sometido a la ley del dividendo, v. *Curso de Derecho mercantil*, t. V., cit., pg. 69. En el mismo sentido, SAGRERA TIZÓN, J. M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, vol. IV, cit., pgs. 751 y ss, que recoge en la jurisprudencia la exigencia de que los bienes sean identificables, de modo que si no se pueden restituir los bienes, el acreedor queda sometido a la condición de ordinario.

¹⁶⁴ La razón de esta expresión parecía ser puramente procedimental, ya que desde un punto de vista sustantivo, el concepto de dueño era incompatible con el de acreedor. V. OMAR Y GELPI, J. M., *El procedimiento reivindicatorio en las quiebras*, cit., pgs. 90 y 91.

¹⁶⁵ En este punto es preciso tener en cuenta los estudios de RODRÍGUEZ Y RODRIGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*, cit., pgs. 105 y ss., y, sobre todo, CASANOVA, M., *Disciplina jurídica delle obbligación di restituzione nel fallimento*, cit., pgs. 112 y ss. Frente a las opiniones que pretendían fundar estas acciones de restitución en la reivindicatoria —BONELLI— o en la tercera de dominio —ZANZUCCHI—, RODRÍGUEZ se adhiere a la tesis de CASANOVA que considera que los créditos de restitución funcionan en la quiebra con base en una acción ejecutiva que el ordenamiento les concede para su cumplimiento forzoso coactivo. Por su parte, ARIAS VARONA —*El derecho de separación en la quiebra*, cit., pg. 195— considera que «se trata, simplemente, de que a los titulares de esos derechos debe permitírseles reclamar la correspondiente separación, cuyo apoyo principal, no debe

Por otro lado, el artículo 909 permitía la «reivindicación» de bienes que con arreglo a las normas del derecho común habían ingresado ya en el patrimonio del quebrado. La «reivindicación» del bien de la masa la ejercen sujetos que ya no son «propietarios» pero a quienes se permite excepcionalmente «revocar» el título de adquisición del quebrado¹⁶⁶. Así ocurría cuando el comitente *in bonis* separaba bienes que el comisionista adquirió por cuenta de aquel, sin distinguir si hizo dicha adquisición en nombre propio o en nombre del comitente (art. 909.4.º a 7.º), con la entrega de bienes de la mujer del comerciante en concepto de dote estimada (art. 909.1.º)¹⁶⁷ y muy especialmente en los supuestos de venta al contado sin pago del precio por el comprador-quebrado (art. 909.8.º), o venta al fiado o con pago aplazado con recepción por el comprador-quebrado de los títulos representativos de las mercancías (art. 909.9.º). Se trataba de supuestos especiales que solo podían justificarse desde una perspectiva histórica y que no resultaban susceptibles de aplicación extensiva.

En el caso concreto de la comisión, podía ocurrir que el contrato tuviera trascendencia en la esfera jurídico-real, al encargarse la ejecución de un negocio que afecte directamente al derecho de propiedad sobre el bien —v. gr., comisión de compra o de venta—, sin que exista una relación representativa —v. gr., el comisionista actúa en nombre propio, art. 246 CCom— y que el encargo ya se haya pactado con el tercero, o incluso ya hubiera sido ejecutado. En tal supuesto, podría negarse al comitente su derecho de separación, entendiendo que sus derechos se agotaban en el plano estrictamente contractual y que carecería de derecho real alguno¹⁶⁸. No obstante, en los apartados 4.º a 7.º del 909 se consideraba al comitente dueño de los bienes o efectos,

olvidarse, no es la titularidad del derecho, sino que el bien no pertenece al quebrado en los términos fijados por la ley, aun cuando esta circunstancia vaya presumida por efecto del derecho reclamado».

Por su parte, RECALDE —*El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, cit., pg. 57, n. 26— entendía que «el fundamento de los preceptos que privilegian a los acreedores concursales que son titulares de un derecho restitutorio parece estar en el reconocimiento por el quebrado (poseedor inmediato) de que no es titular de un derecho pleno sobre la cosa, sino derivado del derecho de aquel de quien recibió el bien, titular del crédito a la restitución. De modo que este derecho no se reconoce cuando el acreedor no es poseedor mediato, porque no existe un derecho de crédito a la restitución, sino un simple derecho dirigido a la entrega de una cosa, entrega en la que se encarnaría la posterior transmisión del derecho real».

¹⁶⁶ V. VICENT CHULIÁ, F., *Compendio Crítico de Derecho mercantil*, t.II, cit., pg. 889.

¹⁶⁷ El sentido de la regulación contenida en los números 1 y 2 del art. 909 era imponer limitaciones al derecho de separación de la esposa de sus bienes dotales y parafernales con el fin de proteger a la masa de posibles actuaciones fraudulentas. En principio, parece que el derecho reconocido a la mujer del quebrado deriva directamente de su derecho de propiedad, de modo que la acción de separación debe identificarse con una clásica acción reivindicatoria. No obstante, en el caso de la dote estimada si la obligación del marido se reducía a devolver el valor de la dote, y no los bienes concretos, de los que había pasado a ser dueño, no podía hablarse de acción reivindicatoria. De modo que «se prevenía un derecho de garantía especial a favor de la esposa del quebrado, habitualmente una hipoteca legal sobre los bienes de la dote, que le aseguraba, en la medida de lo posible, la recuperación del valor de estimación». Solo si los bienes aún subsistían en poder del quebrado se concedía el derecho de separación, en otro caso, el derecho de la mujer se protegía por la vía de una garantía hipotecaria, v. ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pg. 224

¹⁶⁸ Se trataría de un problema presente en todas las formas de mandato no representativo.

aunque el comisionista hubiera actuado en su propio nombre. De modo que, esta normativa excepcionaba la concepción clásica en torno al contrato de comisión, que entendía que el comisionista adquiere para sí y niega al comitente acción directa contra el tercero —art. 246 CCom—¹⁶⁹. Frente a ello, se atribuía a la acción del comitente una fundamentación jurídico-real, que le permitía reclamar tanto los bienes que entregó para su venta por el comisionista, cuando estos aún no habían sido enajenados, como el precio pendiente de pago por el tercero. Si bien, parece que nos encontraríamos ante una norma especial, destinada a resolver de modo «extraordinario» los problemas que se presentan en un caso concreto y, por tanto, no susceptible de extensión analógica¹⁷⁰.

También en las compraventas al contado y a plazo en caso de quiebra del comprador parece que el legislador consideraba que el título de adquisición del quebrado —comprador— no es legal e irrevocable y debe ceder ante la reclamación de la parte *in bonis* —vendedor—. Por tanto, la acción no se funda tanto en la «titularidad» del reivindicante, cuanto en el hecho de que la «titularidad» del quebrado es revocable y, en definitiva, el bien no pertenece a la masa. Como tendremos ocasión de ver, de nuevo en estos casos nos encontramos ante normas particulares, destinadas a resolver problemas concretos de la compraventa. Por tanto, no susceptibles de aplicación analógica, y que solo podían justificarse desde una perspectiva histórica.

En las compraventas al contado (art. 909.8.º) las mercancías se hallaban en poder del comprador. Se había producido la entrega efectiva y el comprador era, conforme al Derecho español, propietario legítimo de las mercancías, ya que reunía las dos condiciones legalmente requeridas para la adquisición de la propiedad: título válido para transmitir —contrato de compraventa— y transmisión efectiva —entrega— (arts. 609 y 1462 CC)¹⁷¹. Del mismo modo, en las compraventas a plazo (art. 909.9.º) el comprador tenía en su poder los títulos representativos de las mercancías. Si la posesión por parte del comprador de los documentos acreditativos de las mercancías equivale a

¹⁶⁹ V., GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, t. V., cit., pgs. 66 a 69. Para este autor, la equidad exige que la construcción tradicional sea alterada en el caso de quiebra del comisionista que tiene pendiente de liquidación su contrato con el comitente. «Reducir a este a la condición de un acreedor ordinario sometido a la ley del dividendo sería injusto si se piensa que con el producto de cosas que en realidad son suyas y no del comisionista van a ser satisfechos los acreedores de este. Por esta razón de equidad la ley concede a título excepcional al comitente un derecho de separación que le permite obtener tanto la posesión de las mercancías compradas por su cuenta (n.º 4) como la del precio de las mercancías vendidas también por su cuenta (n.º 7)».

¹⁷⁰ V. ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pg. 178.

¹⁷¹ Por ello los autores entendían que se producía una especie de «ficción legal» por la que se supone continuado el dominio en el vendedor, v. SAGRERA TIZÓN, J. M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, cit., pgs. 787 y 788. De hecho, este autor, evocando esa misma doctrina, considera que si la cosa no ha sido entregada no se ha transferido el dominio al comprador, el dominio permanece en el vendedor, de suerte que «sin violentar los términos» puede y debe considerarse dueño en sentido legal —v. ob. cit., pg. 803—. En consecuencia, si la cosa ha sido entregada, se ha transferido el dominio al comprador, el dominio ya no permanece en el vendedor y al considerarle dueño se están violentando los términos legales.

su entrega material, el comprador en este caso sería, igualmente, propietario de las cosas objeto del contrato. Se pone así de manifiesto la singularidad de la acción de «reivindicación» que se establecía a favor del vendedor *in bonis* e insatisfecho en caso de quiebra del comprador. En las ventas al contado, el vendedor insatisfecho podía reclamar las mercancías objeto del contrato, aunque hubiera mediado entrega, cuando subsistían en poder del comprador-quebrado y eran identificables. La misma posibilidad se establecía a favor del vendedor *in bonis* en las ventas a plazo en tanto no se hubiera producido la entrega material de las mercancías al comprador-quebrado, y aunque se le hubieran remitido los documentos representativos de las mismas¹⁷². El vendedor «reivindicante» no podía, conforme a derecho, probar su propiedad ni tampoco que la posesión de la otra parte era una posesión indebida, y la normativa le eximía de la obligación de cubrir tales requisitos, de modo que solo deberá identificar la cosa objeto de su reclamación.

Junto a ello y desde el punto de vista de la reivindicatoria, aun menos se comprende la necesidad de poner las mercancías a disposición de su legítimo dueño (art. 908) en el supuesto en que el vendedor no hubiera transferido al comprador la posesión, ni de un modo material, ni de un modo simbólico, y que podía considerarse incluido en el artículo 909.9.^{o173}. En este supuesto, el vendedor podría «retener» las mercancías en su poder pero no «reivindicarlas».

Por último, debe señalarse que en los casos de los apartados 6.º y 7.º del artículo 909, el objeto de la «reivindicación» eran «caudales» y «cantidades» con respecto a las cuales no es posible la completa «identificación de la cosa». Estamos ante cosas genéricas que no pueden ser reclamadas a través de una reivindicatoria, ya que, según constante jurisprudencia, la acción reivindicatoria solo procede para reclamar una cosa señalada, concreta y determinada, y no permite pedir otra cosa de las mismas especie y calidad¹⁷⁴. Ello obligó a los autores a plantearse el rigor del principio de «identificación» del mismo dinero que fue remitido al comisionista y entender que era suficiente con que obrara en su poder una cantidad equivalente a la que le fue remitida para que el comitente pudiera reclamar con éxito. Si bien, esta opinión no parecía muy acorde con la concepción mantenida por el Tribunal Supremo¹⁷⁵.

¹⁷² En las compraventas con expedición en las cuales se hubieran remitido al comprador-quebrado los títulos representativos de las mercancías, el legislador opera la «desincorporación» del derecho respecto del documento, al permitir la «reivindicación» de las mercancías en tales circunstancias. Se produce así una paralización de la eficacia traslativa de esos documentos acreditativos de las mercancías, v. RECALDE, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, cit., pg. 183 y ss.

¹⁷³ V. GARRIGES, J., *Curso de Derecho mercantil*, t. V, cit., pg. 65.

¹⁷⁴ V. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. III, cit., pg. 201; y MONTES PENADES, V., «Art. 348», en *Comentario del Código Civil*, cit., pg. 970.

¹⁷⁵ SAGRERA TIZÓN, J. M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, vol. IV, cit., pgs. 780 y 781. Con respecto a la regla de la identificación ARIAS VARONA —*El derecho de separación en la quiebra*, cit., pg. 161— señala que el supuesto del artículo 909.6 constituiría una excepción. La primera de una

En base a estos razonamientos no entendemos por qué la doctrina insistía en calificar de «reivindicatorias» estas acciones. Aun en el supuesto de que se hable de «reivindicatorias especiales», desde el punto de vista del Derecho material subsisten los problemas a la hora de determinar una naturaleza jurídica común a todas ellas¹⁷⁶.

Podría pensarse que al hablar de «reivindicatorias» se trataba de poner de relieve el hecho de que todas estas acciones presentan una comunidad de resultado en cuanto suponen la «restitución» del bien en poder de la quiebra. Sin embargo, el artículo 908 solo habla de «puesta a disposición»¹⁷⁷, de manera que los bienes podían permanecer en la quiebra «a disposición» de sus «legítimos dueños» y, por tanto, «separados» del resto de bienes afectos a la satisfacción de los acreedores concursales, sin ser restituidos¹⁷⁸. A los efectos del procedimiento concursal lo importante no es saber quiénes son «legítimos dueños» de los bienes en poder del quebrado y restituírseles, sino evitar que determinados bienes que no pertenecen al quebrado se vean sujetos a la quiebra. La finalidad de la acción no es que el propietario recupere sus bienes —como hemos visto, el reclamante no solo no tiene que demostrar su condición de propietario, sino que ni siquiera tiene que serlo—, sino evitar que el no propietario pueda pagar a sus acreedores con bienes que no son suyos; y para ello es suficiente con «separar», excluir determinados bienes de la masa activa afecta a la liquidación, sin necesidad de restituir. En este sentido, no ha faltado quien, frente a la denominación de *reivindicación*, estima más correcta la de *separación*, «porque expresa en términos amplios el efecto básico de las diversas acciones que pueden intentarse, y porque no prejuzga acerca del carácter de las mismas»¹⁷⁹.

serie de excepciones que el ordenamiento español iría estableciendo posteriormente, como el art. 381 CC. aplicable a los depósitos regulares colectivos realizados en almacenes generales.

¹⁷⁶ El propio GARRIGES —*Curso de Derecho mercantil*, t. V, cit., pg. 63— habla de supuestos de reivindicación impropia (*vindicatio utilis*), sin embargo, considera que la reivindicación del vendedor insatisfecho (art. 909.8 y 9) se funda en la rescisión del contrato de compraventa, conforme al art. 1124 CC; que el derecho del arrendador o del depositante, se funda en el mismo contrato que obliga a la restitución de la cosa (art. 909.3.º); y que el derecho del comitente a reclamar del comisionista las mercancías se funda en que el segundo acto de transmisión real del comisionista al comitente queda sustituido por un *constituto posesorio* que implica la adquisición directa por el comitente de las cosas compradas por el comisionista (art. 909.4.º) —v.en la ob. cit. pgs. 46 y 64 y ss—. De *vindicatio utilis* habla también SAGRERA TIZÓN —*Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, vol. IV, cit., pg. 711—, si bien, para este autor, hay que buscar «el fundamento de este ius singulare en la necesidad de salvar de la liquidación general, propia de la quiebra, aquellos bienes no incorporados definitivamente en el patrimonio del deudor «por un título legal e irrevocable».

¹⁷⁷ El concepto de «puesta a disposición», que cuenta con una larga tradición en la doctrina mercantilista, se distingue de la entrega real. La *traditio* conlleva un acto en el que concurren dos voluntades, la del que entrega —vendedor—, que se hace efectiva con la «puesta a disposición», y la del que recibe —comprador—, que se hace efectiva con la «toma a disposición». V., por todos, MENÉNDEZ, A., «La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa mercantil», *RDM*, 1951, pgs. 227 a 257, en especial, pgs. 231 a 237.

¹⁷⁸ V. ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pgs. 132 y 133.

¹⁷⁹ V. RODRÍGUEZ Y RODRIGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*, cit., pg. 19. Su estudio va referido al Derecho mexicano, en concreto, a los arts. 998 y 999 CCom de 1889, si bien tiene plena

Además, la separación no exige que las mercancías se encuentren en poder del comprador. El artículo 909.9 recogía el supuesto de que el vendedor no hubiera hecho entrega material de las mercancías al comprador-quebrado. En principio, podía entenderse que si no se producía la entrega no sería posible la separación. Ahora bien, una cosa es que el vendedor no pueda pedir la «restitución» de los bienes porque permanecen en su poder, y otra cosa es que no puedan ser «separados» de la masa de bienes afecta al procedimiento mediante una acción declarativa de su derecho real o personal sobre los mismos que impida su incorporación al inventario concursal. El vendedor *in bonis* mantiene fuera de la masa los bienes y evita su entrega «reteniendo» las mercancías hasta que la sindicatura las reclame o «parando» su transporte —*stoppage in transitu*—, para impedir que alcancen su lugar de destino y se produzca la entrega efectiva por parte del porteador. El artículo 909 no solo regulaba a favor del vendedor *in bonis* e insatisfecho un derecho a reclamar el bien en las ventas al contado, sino también un derecho a retenerlo en su poder y evitar que llegue a poder del comprador en las ventas a plazo. Así, la separación de los bienes de la masa de la quiebra podía producirse mediante la «retención» de los mismos en poder de la parte *in bonis* o mediante la separación efectiva de los que ya se encontraran en poder del quebrado, que podían ser «reclamados» a través de la «restitución» o mediante la «puesta a disposición», evitando en todo caso su incorporación al patrimonio sujeto a la quiebra¹⁸⁰.

validez para el Derecho español, ya que aquellos preceptos reproducen literalmente los arts. 908 y 909 Ccom español de 1885. El autor considera que estas normas suponen el engarce legal de aquellas acciones que tiene como «fundamento común la negación de la pertenencia al quebrado de aquellos bienes cuya separación de la masa se pretende» —v., ídem, pg. 35—.

¹⁸⁰ SAGRERA TIZÓN —*Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, vol. IV, cit., pgs. 786 y 787— pone de manifiesto que si el vendedor retuvo esos bienes en su poder por falta de pago del precio o ante la situación de insolvencia del comprador (arts. 1466 y 1467 CC), los bienes no habrán sido incorporados al patrimonio del comprador y, por tanto, no podría hablarse de su posible separación. Del mismo modo que tampoco será posible la separación si el vendedor ejerce la facultad de resolución del contrato conforme al art. 1124 CC. Ahora bien, este autor parte del supuesto de que la compraventa se ha perfeccionado mediante la entrega de la cosa al comprador, momento en que se produce la insolvencia de este, y antes de la entrega del precio que se pactó al contado, lo cual faculta al vendedor para proceder a la separación de la cosa vendida e impagada en todo o en parte, al objeto de evitar que el resto de acreedores vengan a enriquecerse indebidamente a su costa, con el incremento del patrimonio del quebrado con unos bienes que, en realidad, no son suyos. Sin embargo, a nuestro juicio, estas premisas no son exactas: en primer lugar, con arreglo al derecho civil, la compraventa «se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado» (art. 1450 CC). En segundo lugar, la entrega de la cosa al comprador no impide que el acreedor *in bonis* pueda ejercer la resolución que se prevé para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe (1124 CC). De manera que, el fundamento de la separación del bien de la masa podría encontrarse en la facultad de retención o de resolución que el Ordenamiento reconoce al vendedor que está dispuesto a cumplir o que ha cumplido con su obligación de entrega. Otra cosa es que, como entendía la jurisprudencia —v. SAGRERA TIZÓN, ob. cit., pg. 791—, una vez declarada la quiebra del comprador, se considere inaplicable el 1124 CC, en cuanto ello daría lugar a la ruptura del equilibrio de las prestaciones en los contratos sinalagmáticos, de modo que, habiendo cumplido con su obligación de entrega, el vendedor quede sometido a la ley del dividendo; y tampoco sean aplicables los supuestos especiales del 909. 8 y 9 CCom, porque no se den los requisitos previstos por la norma, así en el caso de las ventas a plazos, donde se exigía que la mercancía no hubiera sido entregada.

Ahora bien, en Derecho español a la hora de precisar el alcance del término «separación» en la quiebra, se suscitaron diversas clasificaciones dirigidas a diferenciar en el seno del procedimiento al titular de un derecho real de propiedad del titular de un derecho real de garantía y del titular de un privilegio especial¹⁸¹. La separación de bienes del acreedor por razón del dominio y el derecho de ejecución separada del acreedor hipotecario o pignoraticio se identificaban en la medida en que se dirigen a garantizar la satisfacción preferente de determinados sujetos en el seno del procedimiento de quiebra. No obstante, mientras que el derecho de separación, tal y como se regulaba, se dirigía a «sujetar» a los propietarios al procedimiento, con el derecho de ejecución separada se permite que determinados acreedores puedan satisfacerse «al margen» del mismo¹⁸².

¹⁸¹ En principio, se podían «separar» bienes de la quiebra en razón del dominio o en base al crédito. Ahora bien, para algunos autores solo hay verdadera «separación» en el primer caso, mientras que en el segundo supuesto estaríamos ante acreedores con «derecho a perseguir de forma especial determinados bienes de la masa activa». Se trataría de un *derecho de persecución* que tendría carácter *absoluto* en el caso de los acreedores con derecho real que pueden ejecutar «fuera de la quiebra» —v. gr., hipotecarios y pignoraticios— y *relativo* en el supuesto de acreedores que poseen un derecho real sobre el precio de un bien determinado que podrían hacer efectivo «dentro de la quiebra» —comisionistas y transportistas—. V. RAMIREZ, J., *La quiebra*, cit., pgs. 1449 y ss. En cambio, otros autores entienden que ante bienes que no son propiedad del quebrado no cabe hablar de separación sino de reivindicación, de modo que, solo hay verdadera separación de bienes de la masa activa cuando se trata de elementos patrimoniales que han de servir a la satisfacción de determinados acreedores que tienen sobre ellos un especial privilegio. Unas veces ese derecho de separación será *absoluto*, y los acreedores podrán ejecutar su derecho sobre el bien completamente al margen del procedimiento de quiebra; otras, será *relativo*, y los acreedores tendrán derecho a cobrar sobre un determinado bien con carácter preferente pero dentro del procedimiento de quiebra. Para estos autores, la separación *relativa* no conlleva verdadera reducción de la masa de la quiebra. De modo que algunos excluían estos supuestos de los mecanismos de reducción de la masa, y entre los denominados acreedores *ex iure crediti* solo reconocían a los créditos con derecho de separación absoluto, v. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., pgs. 619 y 620.

Bajo la vigencia de la Ley Concursal, el profesor CORDÓN alude a esta problemática cuando considera que la «separatio ex iure crediti no es un supuesto de reducción de la masa sino de afección específica de un bien que forma parte de ella a determinado crédito que, por razones de diversa índole, la Ley permite que sea objeto de ejecución singular separada». La Ley Concursal ha reducido estas situaciones a los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves (art. 76.3). V. CORDÓN MORENO, F., «Art. 76. Principio de universalidad» y «Art. 80. Separación», ambos en Córdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, pgs. 594 y ss, en especial, pg. 629.

¹⁸² En este sentido se ha afirmado que en tanto el *derecho de ejecución separada* parece ir contra la esencia misma del concurso, el *derecho de separación* tiene un fundamento indiscutible y acorde con las exigencias del procedimiento concursal, en la medida en que trata de impedir que puedan servir a la satisfacción de los acreedores bienes que no son propiedad del deudor, v. BELTRÁN, E., «El derecho de separación en la quiebra», cit., pgs. 264 y 280; y, del mismo autor, «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», en *Estudios en homenaje a A. Menéndez*, Madrid, vol. III, 1996, pgs. 3483 y 3485. También, CORTÉS, L. J., «La posición del acreedor hipotecario en la quiebra», en *Estudios en homenaje a A. Menéndez*, Madrid, vol. III, 1996, pgs. 3524 a 3527.

Esta distinción entre los derechos de separación y de ejecución separada puede encontrarse, por ejemplo, en MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, cit., pgs. 101 a 103.

No obstante, algún autor asimila ambos derechos, v. ÁLVAREZ OLALLA, P., «Artículo 80», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Madrid, 2004, pg. 953.

Frente a ello, la Ley Concursal ha reaccionado ubicando la separación en el capítulo relativo a la determinación de la masa activa (art. 80) y refiriéndola a «los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado». La interpretación literal del precepto conduce a que los jueces de lo mercantil y las audiencias hayan considerado requisito sustancial para el ejercicio del derecho de separación la condición de propietario por parte de quien pretende separar¹⁸³. No obstante, la doctrina, con notable acierto, ha precisado que si bien la separación guarda una estrecha relación con la acción reivindicatoria, no puede afirmarse que nos encontremos ante una acción real, ya que, aunque los derechos que fundan la separación son preferentemente los derechos reales y, muy especialmente, el dominio, «también los titulares de determinados derechos de carácter personal pueden pretender la separación del bien a cuya restitución tengan derecho»¹⁸⁴. De esta manera, se hace necesario aclarar previamente la suerte del contrato existente entre el concursado y el titular del derecho real o personal¹⁸⁵.

¹⁸³ V., entre otras, la SJM 7 Madrid, 8.11.2007, en BELTRÁN, E. y SÁNCHEZ PAREDES, M. L., *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, cit., pgs. 777 a 779. También, Rojo y Beltrán (dirs.) y Campuzano y Sánchez Paredes (coords.): *Legislación y jurisprudencia concursales*, Aranzadi, Pamplona, 2008, pgs. 156 y 157.

¹⁸⁴ V. RECALDE, A., «Art. 80. Separación», en Rojo-Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 1445 y 1446.

¹⁸⁵ La SAP Barcelona (15ª), 23.10.2008, entiende que «para el ejercicio del derecho de separación es preciso determinar previamente la relación contractual existente entre la concursada y el propietario, ya que la separación del bien de la masa activa solo opera cuando se acredite que la concursada no tiene respecto del mismo ningún derecho de uso, garantía o retención». En consecuencia, «no puede acudir al artículo 80 de la Ley Concursal sin haber aplicado antes los mecanismos resolutorios que para la relación comercial prevén los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal», en el *ADCo*, 17, 2009-2, pgs. 508 a 510. El legislador elude la cuestión dogmática en torno a la naturaleza jurídica de la acción y establece una cláusula general que impediría incluir en el artículo 80 los bienes ya transmitidos al concursado (art. 909. 8.º y 9.º CCom) y permitiría la separación de los bienes poseídos por el deudor a título distinto del dominio (art. 909.1.º a 7.º CCom), v. CORDÓN MORENO, F., «Art. 80. Separación», en Córdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pg. 631. De ahí que, por un lado el precepto se refiera únicamente al propietario y, por otro, la existencia de una relación jurídica pueda obstaculizar el ejercicio de su derecho de separación si ha originado a favor del concursado un derecho que le legitima para poseer. Por tanto, «el tratamiento de estas situaciones se remite al régimen general de continuidad o resolución contractual de forma que, por ejemplo, el arrendador o depositante ya no están en principio legitimados para instar la acción de separación [...] sino que habrá de estarse a la continuidad o resolución de dicha relación contractual a determinar conforme a lo dispuesto en los artículos 61 y siguientes de la Ley», v. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Art. 80.1», en Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez (coords.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid, 2004, pg. 1622. Como se ha señalado, la pretensión de separación de un bien no puede considerarse la vía procedimental adecuada para resolver aquellos contratos en virtud de los cuales un bien fue entregado al deudor, v. RECALDE, A., «Art. 80. Separación», en Rojo-Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 1446.

3.3. Las acciones de separación y la problemática de los contratos bilaterales pendientes

El artículo 909 del Código de Comercio convocaba diversas acciones de naturaleza diferente, que solo podían hacerse valer por una única vía, la del 908¹⁸⁶. En unos casos, la acción vendría fundada en un crédito a la restitución, en otros en un derecho real; unas veces exigiría la reintegración del bien, otras su retención. En ocasiones sería suficiente con recurrir al título en función del cual el quebrado adquirió la posesión de los bienes, en otras habría que probar determinados extremos: falta de pago del precio, identificación de las mercancías en poder del quebrado, falta de entrega. Ahora bien, si admitimos que el artículo 908 del Código de Comercio establecía las condiciones generales dentro de las cuales debían desarrollarse los derechos de separación comprendidos en el 909, podemos distinguir cuatro requisitos esenciales para la separación¹⁸⁷: que las mercaderías, efectos y cualquiera otra especie de bienes «existan en la masa de la quiebra»; que la propiedad sobre esos bienes no se hubiera transferido al quebrado por un *título legal e irrevocable*; que exista un derecho real o personal del reclamante sobre el bien cuya separación se pretende, el cual habrá de ser reconocido dentro del procedimiento en junta de acreedores o fuera del mismo por sentencia firme; que la masa no retenga los derechos que en dichos bienes pudieren

¹⁸⁶ En este sentido, el art. 103 de la *legge fallimentare* reconocía tres tipos de demandas dirigidas a la *reivindicación, restitución o separación* de los bienes muebles en poder del quebrado, pero todas sujetas al procedimiento previsto para la determinación del pasivo. Así, en Derecho italiano se concebían como acciones que, si bien reciben el mismo tratamiento procesal, poseen, sin embargo, una naturaleza diferente y presentan distinta finalidad. Las demandas de reivindicación y de restitución se dirigen a la restitución del bien mismo, aunque en las primeras es preciso que el reclamante demuestre su derecho de propiedad —v. gr., vendedor con pacto de reserva de dominio—, en tanto que las segundas se fundan en un derecho de naturaleza obligatoria —v. gr., bienes entregados al quebrado en depósito o arrendamiento—. Por su parte, las demandas de separación se dirigen a impedir que el bien se viera sujeto a la liquidación, sin pretender su restitución inmediata. Su objeto se presenta más restringido en la medida en que con ellas se pretende únicamente poner de manifiesto que los bienes no forman parte de la masa activa de la quiebra, y falta el hecho de la restitución —al menos de forma inmediata—, con lo que los bienes pueden permanecer separados en poder de la sindicatura. De acuerdo con esa configuración legal, estas demandas de separación pueden venir fundadas tanto en un derecho de naturaleza real, como personal. V. FERRARA, F., *Il fallimento*, cit., pgs. 509 a 511; MAFFEI ALBERTI, A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padua, 2000, pgs. 215 y 216; SATTA, S., *Diritto fallimentare*, cit., pgs. 327 a 329; BONSIGNORI, A., *Diritto fallimentare*, Turín, 1992, pg. 235; y RAGUSA MAGGIORE, G., *Istituzioni di Diritto fallimentare*, Padua, 1994, pgs. 405 y 406.

Con las reformas de 2006 y 2007 se elimina la demanda de separación, de modo que toda pretensión correspondiente a derechos reales o personales sobre bienes muebles o inmuebles en poder del quebrado constituirán demandas de reivindicación o de restitución. Las primeras se basan en la propiedad u otro derecho real, se dirigen a la restitución de un bien en poder del quebrado y tienen por objeto una cosa determinada. En este ámbito se incluyen las acciones dirigidas a obtener la restitución de bienes confiados al mandatario para su venta o adquiridos por este en nombre propio. En cuanto a las demandas de restitución, se fundan en un derecho personal y, por tanto, en un contrato de naturaleza obligatoria como el depósito, comodato o arrendamiento. V. TEDESCHI, G. U., *Manuale del nuovo Diritto fallimentare*, cit., pgs. 383 y 386.

¹⁸⁷ V. RODRÍGUEZ Y RODRIGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*, cit., pgs. 49 y ss; también, BELTRÁN, E., «El derecho de separación en la quiebra», cit., pgs. 284 a 287; SAGRERA TIZÓN, J. M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, cit., pgs. 723 y ss.

corresponder al quebrado, «en cuyo lugar quedará sustituida aquella, siempre que cumplieren las obligaciones anejas a los mismos»¹⁸⁸.

Si lo que se trata de evitar es que un bien que no pertenece al deudor común sea ejecutado en beneficio de sus acreedores, el derecho de separación se podrá ejercer si el bien se ha incluido en el inventario de la masa activa, se encuentre o no en la posesión material del quebrado y sea o no propietario el reclamante. Estas acciones no se dirigen a resolver problemas de posesión, porque la posesión del quebrado es, en principio, legítima, ni problemas de propiedad, ya que no se trata de atribuir el bien al verdadero propietario, sino que reconocen eficacia frente a la quiebra al derecho real o personal en que se funda la reclamación de la parte *in bonis*. De ahí que todos esos requisitos sean perfectamente compatibles con un derecho de separación no fundado en la «reivindicatoria», de modo que las expresiones «dominio ajeno» y «legítimos dueños» contenidas en el 908 no podían interpretarse de forma literal. Al mismo tiempo, habrá que tener en cuenta la naturaleza de los supuestos concretos de separación previstos en el 909, ya que la petición específica en la que se funde el derecho de separación depende de la diferente naturaleza de la relación jurídica que sirve de base y fundamento a la reclamación —v. gr., arrendamiento, comisión, depósito, usufructo, compraventa—, así como de los eventuales derechos de la masa sobre lo que se reclama¹⁸⁹. Desde el punto de vista sustantivo, las acciones que permiten negar la «titularidad» del quebrado sobre determinados bienes a fin de que el «verdadero titular» pueda recuperarlos presentan un origen diverso: jurídico-real, cuando el título es perfectamente válido para la transmisión del dominio —compraventa—, o jurídico-obligacional, cuando el título no permite transmitir el dominio sobre los bienes —arrendamiento—. Quien cedió el uso de determinado bien al quebrado querrá evitar que entre a formar parte de la masa activa y se vea sujeto a la ejecución concursal, y para ello le basta con poner de manifiesto la relación jurídica —arrendamiento— que le liga con el quebrado. Sin embargo, también podrá pretender la restitución del bien como devolución propia del deber de liquidación característico de los contratos bilaterales de duración. En otros supuestos, la separación de los bienes solo sería posible reconstituyendo la situación contractual existente antes de que se verificara la transmisión del dominio, en cuyo caso el fundamento jurídico-real de estas acciones solo es «aparente», ya que no se dirigen tanto a recuperar el bien, cuanto a colocar al vendedor en la misma situación en la que se encontraba antes de que el bien hubiera salido de su poder. En definitiva, lo que interesa al reclamante, sea o no propietario, es que le sea reconocido el título de su reclamación, el derecho real o personal en el que se

¹⁸⁸ Estos requisitos son semejantes a los que exige el artículo 80 de la Ley Concursal para el ejercicio de la 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».

¹⁸⁹ V., estas ideas, en ARIAS VARONA, F.J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pg. 138. Como pone de manifiesto este autor, si el derecho de separación es un mecanismo jurídico dirigido a evitar la incorporación de un bien o derecho a la masa activa, impidiendo su eventual ejecución, «el interés del titular del derecho de separación puede agotarse, sin ningún problema, con una pretensión de contenido eminentemente declarativo», v., ob. cit., pgs. 129 y ss.

funda. Ello impediría que el bien, en la medida en que no pertenece al quebrado, pueda formar parte de la liquidación concursal, y colocaría al contratante *in bonis* en una situación en la que podría poner fin a la relación contractual respectiva, a no ser que la masa retenga «los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida aquella, siempre que cumpliera las obligaciones anejas a los mismos» (art. 908 *in fine*). Así en el caso concreto de las compraventas al contado y a plazo, «los síndicos podrán detener los géneros comprados o reclamados para la masa, pagando su precio al vendedor». De ahí que esta posibilidad de separación que tienen en la quiebra determinados sujetos —vendedor, arrendador, depositante o comodante— guarde una relación directa con la ausencia de una normativa que establezca los efectos del procedimiento sobre esas relaciones contractuales —compraventa, arrendamiento, comodato, comisión, depósito o usufructo— en caso de quiebra de cualquiera de los contratantes y de ahí, también, que la doctrina haya acudido a estos preceptos tratando de determinar esos efectos.

Así, desde el punto de vista contractual se deducen dos importantes consecuencias de este derecho de separación. En primer lugar, la existencia de un negocio jurídico válidamente concluido eficaz frente a la quiebra —no afectado por las acciones de reintegración de la masa—, que origina obligaciones y derechos para ambos contratantes y que justifica, por un lado, la separación de la parte *in bonis* y, por otro, la posibilidad de sustitución de la sindicatura. En segundo lugar, la trascendencia que el ejercicio de estas acciones tiene sobre dicha relación contractual que se encuentra en la base de aquellos derechos de las partes con respecto al objeto de la separación. De tal modo que, si aceptamos la concepción tradicional de la reivindicatoria concursal dirigida a la restitución del bien, contaríamos con un argumento decisivo para fundar estas acciones en la facultad de resolución del contrato, implícita en todos los contratos de carácter bilateral o sinalagmático —art. 1124 CC—¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Estos problemas se han planteado en otros Derechos como el francés. Un Ordenamiento que influyó decisivamente en la legislación concursal española, si bien tras la reforma del Derecho concursal llevada a cabo en Francia a partir de 1967 (Ley n.º 65-563, de 13 de julio) se produjo un cambio de filosofía que alejó definitivamente la ordenación gala de los principios tradicionales que se hallaban en la base del Derecho de quiebras español. No obstante, la *Loi de Redressement et Liquidation Judiciaires des Entreprises*, n.º 85-98, de 25 enero de 1985 (reformada en 1994 por la Ley 94-475, de 10 de junio) en sus arts. 115 a 122 recogía una regulación de los *droits du vendeur de meubles et revendications*. El Derecho francés, de forma semejante al Derecho español o al italiano, engloba bajo este epígrafe acciones de diferente naturaleza y alcance: la reclamación del vendedor beneficiario de una cláusula de reserva de dominio (art. 121-2); la reclamación del depositante o del comitente (art. 121-1) y la posibilidad de retención por parte del vendedor de las mercancías no expedidas o entregadas al deudor (art. 119). Unas fundadas en un derecho real, otras fundadas en una relación jurídica obligacional. Además, el peso de la tradición histórica, que impuso en Francia el término *revendications*, propicia la subsistencia de los debates en torno a la naturaleza jurídica de estas acciones. De tal modo que, en derecho francés concurrían dos concepciones diversas sobre el alcance de estas reivindicatorias: una *rígida*, para la que el derecho de reivindicación implica necesariamente la restitución del bien; otra más *flexible*, conforme a la cual el elemento de la restitución es accesorio del reconocimiento de la propiedad, finalidad esencial de esta acción. Lo que interesa al propietario no es tanto que se le restituya el bien objeto del contrato —solución que dependerá, a su vez, de las posibilidades de sustitución de los órganos del procedimiento en aquella relación contractual, (en todos los casos del art. 121 el pago por parte de los órganos del procedimiento concursal enerva la «reivindicación» respectiva)— cuanto que le sea reconocido el título —lo que impide que el bien, en la medida en que no pertenece al quebrado, pueda formar parte de una

La existencia de ese negocio jurídico directamente afectado por el ejercicio de las acciones de separación exige detenerse en dos cuestiones fundamentales del 908: la relativa al *título legal e irrevocable* que no ha permitido al quebrado la adquisición de la propiedad de lo reclamado, y que se encuentra en el origen del derecho real o personal cuyo reconocimiento pretende la parte *in bonis*, y la relativa a la posibilidad de sustitución de la sindicatura en los derechos y obligaciones correspondientes al quebrado en aquella relación jurídica.

3.3.1. El «título legal e irrevocable»

El contrato no atribuye al quebrado un *título legal e irrevocable*¹⁹¹. Desde la perspectiva del título legal, parece que el quebrado no podría considerarse propietario de los bienes si el contrato no es válido para la adquisición del derecho de propiedad¹⁹² o bien no reúne todos los requisitos establecidos en la ley —art. 1261 CC—, pero también, si no se hubieran respetado los requisitos necesarios para su eficacia —v. gr., especiales requisitos de forma—. Así, si se trata de un negocio nulo o anulable no confirmado —v. gr., por existir un vicio invalidante o por adquirir de quien carecía de facultades para disponer libremente, art. 1301 CC— e, incluso, en otros supuestos de ineficacia, como el del falso representante —art. 1259 CC— o el de los negocios realizados en fraude de acreedores —arts. 1111 y 1291-3.º CC—.

Por su parte la «revocabilidad» puede identificarse con el hecho de que la adquisición del dominio no ha sido definitiva, de ahí que sea posible separar el bien de

posible liquidación concursal—. Dos concepciones que tendrán indudable trascendencia en el ámbito de los contratos en curso, en la medida en que una reivindicatoria que se dirige única y exclusivamente a la restitución propicia una solución favorable a la resolución del contrato; mientras que una reivindicatoria dirigida prioritariamente al reconocimiento del título, haciendo depender la restitución de las posibilidades de sustitución de los órganos en el contrato, permite su continuación. Una continuación necesaria en relación con aquellos contratos imprescindibles para preservar la empresa haciendo eficaz y viable su conservación. V., por todos, MONSERIE, M. H., *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, París, 1994, pgs. 230 a 237. V., la completa exposición del Derecho francés que realiza ARIAS VARONA, F.J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pgs. 108 y ss.

Actualmente la regulación de las acciones de reivindicación y de restitución se recoge en la sección 3, del capítulo IV, del título II (arts. L624-9 a 18) del *Code de Commerce*, si bien, dentro de estos preceptos, habrá que distinguir aquellos que constituyen el régimen general de las reivindicaciones mobiliarias (arts. L624-15 y 16) y aquellos que conforman el régimen particular aplicable al vendedor de bienes muebles insatisfecho (arts. L624-12, 13 y 14). Como tendremos ocasión de ver, estos últimos preceptos se dirigen a restringir los derechos del vendedor que ya entregó los bienes al adquirente y configuran la entrega como límite a la posibilidad de reivindicación del vendedor insatisfecho dentro del procedimiento, v. JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, cit., pgs. 287 y ss.

¹⁹¹ V., fundamentalmente, el análisis de esta expresión que hace MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, cit., pgs. 39 y ss.

¹⁹² En este sentido, se ha afirmado que la titularidad fiduciaria no es una titularidad apta para transmitir la propiedad, v. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, cit., pg. 48. «Ciertamente, no es idónea la llamada causa fiduciae para operar una transmisión de la propiedad», v. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, ob. cit., pg. 357.

la quiebra¹⁹³, y no habría adquisición definitiva en los negocios sometidos a condición resolutoria. Ahora bien, reconocer a toda condición resolutoria expresa inserta en el negocio, incluidas aquellas que despliegan sus efectos ante la apertura del procedimiento concursal o el incumplimiento de la contraparte, eficacia real frente a la quiebra, y atribuir así al acreedor la posibilidad de ejercitar el correspondiente derecho de separación, supondría conceder un trato privilegiado en el procedimiento a los acreedores transmitentes de bienes identificables frente al resto de acreedores del quebrado¹⁹⁴. Desde la perspectiva contractual ello podría constituir un argumento a favor de la posibilidad de que el contratante *in bonis* ejerza la facultad resolutoria por incumplimiento implícita en los contratos bilaterales —art. 1124 CC— ante la quiebra de la contraparte¹⁹⁵. A mayor abundamiento, si ante la ausencia de norma que regule los efectos del procedimiento sobre los contratos se recurre a la aplicación analógica de estos preceptos, podría llegar a aceptarse la válida resolución del contrato por obra del contratante *in bonis*, tanto si el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas

¹⁹³ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., pone de manifiesto como la normativa no alude al título irrevocable en sentido preciso, sino que sigue una acepción amplia en la que la revocabilidad constituye una facultad de recuperación del bien transmitido, v., *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento en la quiebra*, cit., pg. 81.

¹⁹⁴ MARTÍNEZ FLÓREZ, expone que la cláusula resolutoria expresa por incumplimiento del adquirente inscrita en el Registro de la Propiedad produce sus efectos frente a terceros titulares de derechos de crédito, de manera que tanto doctrina como jurisprudencia admitían este pacto entre aquellos que atribuyen al título legal el carácter de revocable. Ahora bien, a su juicio, en el supuesto de que la condición resolutoria no estuviera inscrita, la solución no puede ser diferente, ya que el artículo 908 del Código de Comercio «ofrece base suficiente para entender que aquellos que han introducido en el negocio apto para transmitir el dominio una cláusula resolutoria expresa por incumplimiento del adquirente pueden extraer de la masa de la quiebra de este los bienes transferidos, con independencia de la publicidad o no del contrato en el que se inserta la citada cláusula». De ahí que nos encontremos ante un «privilegio legal», ya que es la propia ley la que lo reconoce, v. *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento en la quiebra*, cit., pgs. 94 y ss, en especial pgs. 99 y 100.

Por su parte, LOBATO GARCÍA-MIJÁN entendía que no hay inconveniente en admitir el ejercicio de la condición resolutoria expresa con anterioridad a la quiebra, pero si su ejercicio es posterior debe distinguirse según que el incumplimiento se produjera antes o después de la apertura del procedimiento. En el primer caso, tampoco existirían obstáculos para admitir el ejercicio de la condición resolutoria expresa, en tanto que en el segundo caso se habría producido un incumplimiento de los síndicos, de modo que sería conveniente reconocer un derecho de opción de los síndicos de la quiebra sobre la continuación del contrato. En cuanto a la condición resolutoria con finalidad de garantía cuya eficacia viene determinada por la apertura del procedimiento de quiebra es ilícita y debe ser reinterpretada en el sentido de que dependerá no de la declaración de quiebra, sino del incumplimiento del deudor. Su régimen se reconduciría así al de las condiciones resolutorias explícitas respecto a los contratos en que esté inserta esta cláusula, v. *La reserva de dominio en la quiebra*, cit., pgs. 332 a 341.

Frente a ello, FÍNEZ RATÓN afirmaba que dar eficacia a la condición resolutoria expresa supone «hacer prevalecer los intereses privados frente a los colectivos, obviando la garantía concursal», y no puede ejercerse la autonomía de la voluntad de las partes infringiendo los principios que regulan los procedimientos colectivos, v. *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, 1992, pgs. 65 y 66. En el mismo sentido, ARIAS VARONA considera que en estos casos —condiciones resolutorias asociadas a la apertura del procedimiento o al impago— aunque pudiera considerarse revocable la adquisición del dominio por el quebrado, la eventual revocación no debería permitir el ejercicio de un derecho de separación, sino la simple insinuación del crédito por el precio debido. V. *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pg. 187.

¹⁹⁵ V., ampliamente, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, cit., pgs. 89 y ss.

partes, cuanto si solo está pendiente de cumplimiento por el quebrado, ya que los apartados 8 y 9 del 909 permitirían la reclamación del vendedor cuando cumplió las prestaciones a su cargo, entregando las mercancías en las ventas al contado, y cuando aún no entregó y mantenía las mercancías en su poder en las ventas a plazo¹⁹⁶.

La «revocabilidad» del título puede venir referida también a supuestos en los que la propiedad ha sido utilizada para fines distintos de los previstos inicialmente por el legislador, en concreto, con una finalidad de garantía. Así, en los supuestos de titularidad fiduciaria o de reserva de dominio¹⁹⁷.

Con el negocio fiduciario se busca garantizar un crédito mediante la transmisión de la propiedad de un bien, de manera que formalmente el acreedor aparece como el comprador y propietario del bien, pero en la compraventa se incluye un pacto de recompra a favor del deudor, que puede rescatar el bien si paga una determinada cantidad, que comprende el importe de lo prestado más los intereses. Desde el punto de

¹⁹⁶ En el Derecho vigente se ha puesto de manifiesto que la posibilidad de separar el bien de la masa en base a la resolución del negocio de transmisión, tanto por el ejercicio de una condición resolutoria como a consecuencia del incumplimiento (art. 1124 CC), «podría causar un grave perjuicio al tráfico», y está sujeto en todo caso a las reglas que establecen los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas —arts. 61 a 63 LC—, conforme a las cuales no puede admitirse una resolución con efectos retroactivos que abriera la vía de la separación, v., RECALDE, A., «Art. 80. Separación», en Rojo-Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 1456 y 1457.

¹⁹⁷ En este punto es fundamental el trabajo del profesor GARRIDO, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000, pgs. 490 y ss. Este autor pone de manifiesto que es en el Derecho alemán donde más se utilizan las transmisiones fiduciarias de la propiedad con el fin de obtener posiciones de preferencia en el concurso del deudor. De hecho, la transmisión fiduciaria —*Sicherungsübereignung*— confiere un derecho de separación —*Absonderungsrecht*—, ob. cit., pg. 504, n. 876. Ahora bien, para el Derecho español *la fiducia cum creditore* no debería admitirse «como medio autónomo de alcanzar un derecho de preferencia sobre los demás acreedores del deudor común». Solo si se dota al negocio fiduciario de las oportunas medidas de publicidad legal y en aquellos supuestos en los que la fiducia pueda reconducirse a una garantía típica —generalmente, la prenda— podría admitirse un legítimo derecho de preferencia, v., ob. cit., pg. 502.

En cuanto a la reserva de dominio, GARRIDO reconoce que se trata de una técnica totalmente opuesta a las transmisiones fiduciarias, ya que en la reserva de dominio el acreedor no transmite el bien hasta que se produce el pago del precio, por lo que conserva la doble condición de acreedor y propietario, con la finalidad de garantizar con el derecho de propiedad el crédito frente al deudor. Si se admite que el efecto de la cláusula de reserva de dominio es el de impedir el paso de la propiedad del bien al comprador, el vendedor podría reclamar el bien de la masa de la quiebra del comprador si este no paga el precio, colocándose en una posición de preferencia respecto del resto de acreedores del quebrado. En este sentido, el problema que presenta la eficacia de la reserva de dominio en la quiebra es el de la posibilidad de crear garantías reales al margen del principio de legalidad y publicidad. Para el autor citado, sería preciso a estos efectos establecer un adecuado sistema de publicidad que evite el efecto de solvencia aparente del deudor-comprador que se origina cuando el bien se encuentra en su poder. V. GARRIDO, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, cit., pgs. 505 a 513.

También, ampliamente, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, ob. cit., pgs. 79 y ss, el cual considera que debe superarse la doctrina de la solvencia aparente y, con arreglo a la concepción mayoritaria, entender que, a pesar de haber creado una apariencia, el fiduciante podrá retirar el bien de la masa activa de a quiebra del fiduciario. A su juicio, «el hecho de que un bien aparezca en el patrimonio del fiduciario no es, por sí solo, indicio suficiente para integrarlo en la masa de la quiebra. Es necesario, para que se desvirtúe la titularidad real, que aparezca un subadquirente que deba ser protegido conforme a la regla de la protección de la apariencia», v., ídem, pg. 349.

vista del derecho de separación, lo importante será determinar los efectos de la transmisión fiduciaria de la propiedad¹⁹⁸. Si se atribuye a la transmisión de la propiedad una eficacia jurídico-real, el fiduciante habría perdido la propiedad del bien transmitido que pasaría a formar parte de la masa activa de la quiebra del fiduciario. En cambio, si consideramos que en el negocio no se produce una verdadera transmisión del dominio con efectos reales, ya que no existe causa para que se produzca, pues la intención de las partes nunca fue realizar una venta, la propiedad subsiste en el fiduciante, que, en cuanto propietario, puede reclamar el bien objeto de la transmisión. Así, se ha defendido que atendiendo a la voluntad de las partes, en este tipo de negocios no es lo ordinario, lo presumible, que el fiduciante haya querido transmitir plenamente al fiduciario, de manera que, tanto inter-partes como frente a terceros de mala fe, el fiduciante es propietario real y como tal podía reclamar el bien en poder de la masa con arreglo al 908 del Código de Comercio¹⁹⁹. Ahora bien, esta concepción fundada en la «titularidad fiduciaria» no se dirige a ofrecer una explicación del 908 del Código de Comercio sino que parte de la crítica a la «teoría del doble efecto», que consideraba al fiduciario propietario e impedía la reclamación del fiduciante una vez producida la transmisión. De modo que el artículo 908 se utiliza como un argumento en contra de la «teoría del doble efecto»: la reclamación del fiduciante se realiza a título de propiedad porque todas las reclamaciones del 909 proceden del «legítimo dueño». Sin embargo, este argumento habría de enfrentarse a un importante obstáculo: la reclamación del vendedor al contado insatisfecho. Conforme al 909.8, quien ya no es dueño con arreglo al Código Civil —el vendedor que entregó el bien—, puede, por ser dueño según el Código de Comercio, reclamar frente a la quiebra de quien, conforme al Código Civil, es dueño plena y definitivamente, al haber recibido el bien —comprador—. De manera análoga, podría admitirse la posibilidad de que quien no era dueño con arreglo a la «teoría del doble efecto» —el fiduciante— pudiera, por considerarse dueño conforme al Código de Comercio, reclamar el bien de la masa de la quiebra de quien, conforme a la «teoría del doble efecto», es su dueño —el fiduciario—. Por ello se hace preciso buscar una justificación del 909.8 que explique por qué el que ya no es propietario puede reclamar «como si» lo fuera. Solo una razón histórica permite explicar el carácter excepcional de

¹⁹⁸ En la doctrina destacan dos concepciones, la conocida como «doctrina del doble efecto» y la «teoría de la titularidad formal o fiduciaria». La primera considera que en el negocio fiduciario confluyen dos efectos: un efecto real, según el cual el fiduciario adquiere la plena propiedad del bien frente a terceros, y un efecto obligacional, que regula la relación entre fiduciante y fiduciario, y según el cual el fiduciario debe transmitir el bien al fiduciante en el momento en que este haga devolución de las cantidades prestadas. De este modo se transmite la propiedad, pero limitada por un pacto obligacional entre fiduciante y fiduciario (*pactum fiduciae*) que obliga a este último a retransmitir la propiedad del bien. Frente a esta teoría, la concepción en torno a la «titularidad fiduciaria» considera que el fiduciario no adquiere la propiedad del bien ni inter-partes, ni frente a terceros, sino que solo goza de una titularidad formal, ya que no existe en el negocio intención de convertir al fiduciario en propietario del bien. La propiedad material del bien subsiste en todo caso en el fiduciante, y el fiduciario solo ostentaría una «titularidad fiduciaria» limitada por los fines de garantía del negocio. V. GARRIDO, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, cit., pgs. 495 y ss. También, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, cit., pgs. 341 y ss.

¹⁹⁹ Así lo entiende el profesor DE CASTRO Y BRAVO en «El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto», *RDN*, 1966, pgs. 7 y ss; y en *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pgs. 379 y ss.

esta norma en relación con los demás supuestos del 909: bajo la vigencia del Código de Comercio de 1885, el vendedor al contado insatisfecho era un «legítimo dueño», ya que en ese momento estaban en vigor Las Partidas y no el Código Civil. «Según Las Partidas, «el apoderamiento» o tradición de la cosa vendida transfiere su dominio al comprador; pero «si el comprador no óbviese pagado el precio, o dado fiador, o tomado plazo para pagar; por tal apoderamiento como este non pasaría el señorío de la cosa, fasta que el precio se pagasse» (P. 3, 28, 48). Con lo que simplemente se recogía lo establecido en el Derecho romano (I. 2, 1, 41 y D. 18, 1, 19 y 53). No puede dudarse, por tanto, que el legislador empleó consciente y adecuadamente la frase «legítimos dueños» en el artículo 908»²⁰⁰. Nos encontraríamos, por tanto, ante un precepto especial que solo tendría explicación desde una perspectiva histórica, lo que impediría en todo caso su posible extensión analógica. Razones igualmente aplicables, como veremos, a todo el sistema de protección especial del vendedor de bienes muebles insatisfecho que tiene acogida en los apartados 8 y 9 del 909, y que se dirige a garantizarle el pago del precio²⁰¹.

3.3.2. La facultad de sustitución de la sindicatura

La posibilidad de que la sindicatura detenga los géneros comprados o los reclame para la masa, pagando su precio al vendedor, se regulaba ya bajo el Código de 1829, donde se mantenía una concepción jurídico-real de estas acciones. Se trataba de modalidades del derecho de reivindicación y de «acreedores por razón del dominio» (art. 1114 párrafos primero y último). Dentro del complejo sistema de protección del vendedor insatisfecho en la quiebra del comprador se permitía que la sindicatura cumpliera con la prestación a cargo del quebrado —pago del precio— e impidiera que las mercancías salieran de la masa, o hiciera que entraran definitivamente en ella. Para ello resultaba decisivo el carácter de estos contratos: en las compraventas al contado la relación obligatoria es instantánea, realizada la entrega al comprador-quebrado, la sindicatura deberá pagar el precio si quiere que los bienes entren definitivamente en la masa y enervar de este modo, la reclamación del vendedor. A su vez, en las ventas a plazo, donde a diferencia de los contratos de duración —v. gr., arrendamiento— el tiempo normalmente no incide en la relación obligatoria considerada como unidad, sino que es más bien un requisito del acto de ejecución de la prestación, y donde el plazo,

²⁰⁰ V. DE CASTRO, «El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto», cit., pg. 33; también, BORRACHERO, M., «Algunos problemas de la compraventa con precio aplazado», *RDP*, 1949, pgs. 937 y ss, en especial, pg. 945; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, cit., pg. 59; y ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pg. 191, n. 363.

²⁰¹ En el Derecho vigente, una vez derogado aquel sistema especial de protección del vendedor de bienes muebles insatisfecho, se ha mantenido que la titularidad fiduciaria será una titularidad revocable, ya que en la fiducia no concurre una causa suficiente para la atribución plena de la propiedad. Ello podría extenderse igualmente a otras formas de atribución formal de titularidad pero con efectos limitados de apoderamiento o garantía, v. RECALDE, A., «Art. 80. Separación», en Rojo-Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 1458 y 1459.

que se concibe como un beneficio para el deudor que tiene su origen en la confianza, decae al desaparecer con la quiebra aquella confianza; solo cuando la sindicatura pague el precio podrá evitar la reclamación del vendedor *in bonis*. En consecuencia, desde nuestro punto de vista, esta posibilidad que se da a la sindicatura de pagar el precio y enervar las acciones del vendedor *in bonis* e insatisfecho bajo el Código de 1829 parece más bien un intento de reducir la ya escasa operatividad práctica de los sistemas de protección del vendedor de bienes muebles —reivindicatoria especial y *stoppage*—, que de configurar una verdadera opción de los órganos del procedimiento de sustituir al quebrado en el contrato. No estamos ante una facultad de la sindicatura ejercitable en todos los supuestos del 1114, sino únicamente en los casos de los apartados 8.º y 9.º, en las compraventas al contado y a plazo. Ello se justificaría porque este sistema de protección especial del vendedor lo colocaba en una situación privilegiada respecto del resto de acreedores del quebrado, de modo que originaba excepciones a la *par condicio* que en todo caso habían de ser objeto de interpretación estricta²⁰². También porque si ante la reclamación del vendedor *in bonis* la sindicatura no paga el precio, el contrato se extingue. La sindicatura realmente no puede optar, ya que si quiere impedir que el vendedor *in bonis* recobre las mercancías y ponga fin a la relación, deberá pagar el precio. Dicha solución parece además acorde con un procedimiento que contempla la liquidación del patrimonio del deudor como única vía de satisfacción de los acreedores (la posibilidad de un convenio de continuación se regula por primera vez en el art. 928 CCom de 1885, para las sociedades anónimas que no se encuentren en liquidación). Dentro de la dinámica de la liquidación la resolución de los contratos bilaterales o sinalagmáticos tras la declaración de quiebra de cualquiera de los contratantes, salvo que la sindicatura cumpliera con cargo a la masa las prestaciones del quebrado, parece la solución más coherente. Se extinguirían todas las relaciones bilaterales que supongan un obstáculo para la liquidación y se mantendrían, con cargo a la masa, solo aquellas que sirvan a los fines liquidatorios.

Frente al Código de 1829, el Código de Comercio de 1885 recogía dos importantes novedades: por una parte, suprime la controvertida expresión «acreedores de dominio» por otra, introduce el inciso final del 908. Con estas novedades el legislador incide directamente sobre la relación contractual pendiente. Por un lado, la posibilidad de que la masa retenga los derechos que en dichos bienes pudieran corresponder al quebrado, siempre que cumpliera las obligaciones anejas a los mismos, parece pensada para aquellos supuestos en los que el contrato atribuye al quebrado determinados derechos fundados en la posesión de los bienes —arrendamiento o depósito—. Derechos que podrán ser retenidos por la masa, la cual mantendrá el contrato asumiendo a su cargo las obligaciones del quebrado²⁰³. Por otro, al permitir

²⁰² Ejemplo de ello es que de la doctrina y la jurisprudencia podía deducirse que la referencia de la norma a los «géneros» —art. 1114.8.º—, término equivalente a mercancías —las «mercaderías» del 1114.9.º—, no permitía hacer extensivos estos privilegios a otros bienes que no fueran mercantiles, v. SAGRERA TIZÓN, J. M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, cit., pg. 787.

²⁰³ Ahora bien, también se encuentra en esta situación el quebrado que posee en virtud de un derecho de retención, como el que asiste al comisionista para obtener el cobro de la comisión, anticipos y gastos —

que el respectivo acreedor *in bonis* pueda exigir la restitución de los bienes objeto de arrendamiento, depósito, comisión o usufructo, a no ser que la masa retenga los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, parece entender que resultaría injusto obligar a estos sujetos a mantener su relación con el quebrado y cumplir conforme a lo pactado, cuando en cuanto acreedores en la quiebra solo pueden aspirar al dividendo correspondiente. Desde el punto de vista contractual, la quiebra del arrendatario o del depositario no podía tener como consecuencia la resolución automática del contrato, ya que la sindicatura podía sustituir al quebrado en el mismo y cumplir las obligaciones a su cargo como deudas de la masa. El contratante *in bonis* podía pedir la restitución de los bienes y poner fin al contrato, y la sindicatura podía enervar dicha reclamación y sustituir al quebrado en la relación. Sin embargo, también parecía posible que el contratante *in bonis* se limitara a pedir el reconocimiento de la relación contractual existente con el quebrado e impedir que el bien entrara a formar parte de la masa activa por no formar parte del patrimonio sujeto al procedimiento, y hasta que la sindicatura decidiera si sustituía o no al quebrado en la relación. En el primer caso, si los síndicos sustituyen al quebrado en la contratación, las prestaciones a cargo del quebrado serían satisfechas como deudas de la masa y el contratante *in bonis* recibiría un cumplimiento íntegro. En el segundo caso, si la sindicatura no sustituye al quebrado en el contrato, el contratante *in bonis* podría exigir la restitución del bien y liquidar la relación jurídica con el quebrado.

Junto a ello, el contrato de comisión era objeto de una regulación particular, ya que el Código de Comercio, había previsto su resolución automática en caso de quiebra del comisionista (art. 280) —posteriormente se regularía para el mandato en el Código Civil (art. 1732.3)—. De manera que, para que el contrato pudiera continuar con la sindicatura, era necesario que el comitente admitiera la continuación del contrato. El fundamento de la resolución de este contrato parecía hallarse en el carácter personalísimo de la relación. Se trataba de una situación de *intuitus personae* que impedía que la sindicatura cumpliera con las obligaciones a cargo del quebrado si no contaba con el consentimiento del comitente. Dicha posibilidad venía recogida por el propio legislador al regular, no obstante la regla del artículo 280, la facultad de la sindicatura de enervar la reclamación del comitente y retener los derechos que en dichos bienes pudieran corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida aquella²⁰⁴.

art. 276 CCom— o el que posee en concepto de prenda. Supuestos todos ellos en los que el quebrado mantiene una posesión legítima, v. ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pgs. 152 y ss.

²⁰⁴ V. FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 155 y ss; también, MONTESSORI, R., *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, cit., pgs. 74 y ss. Ahora bien, PERCEROU —*Des Faillites et Banqueroutes*, cit., pgs. 218 y ss— consideraba ya que para que el contrato se resolviera automáticamente por la declaración de quiebra sería preciso que no pudiera ser cumplido por el quebrado porque se refiriese a bienes integrados en el concurso y afectos a la actividad empresarial. Junto a la posible continuación del contrato con el quebrado, podría llegar a admitirse que el comitente aceptara la continuación del contrato y permitiera que la administración concursal llevase a cabo el encargo pendiente como deuda de la masa.

Por otra parte, como hemos visto, la situación de quiebra del comisionista que tiene pendiente la liquidación de su contrato con el comitente dependerá de que la comisión tenga o no trascendencia en la esfera jurídico-real, que exista o no una relación de representación y que el encargo se haya o no pactado o ejecutado con el tercero. Si la comisión no influye en el ámbito jurídico-real, el derecho de restitución del comitente tendrá un origen puramente contractual. En otro caso, nos encontraremos ante una regla excepcional dirigida a mantener al comitente como dueño de las mercancías, y semejante a la prevista para el vendedor *in bonis* e insatisfecho (art. 909.8 y 9). De hecho también la compraventa mantenía una regulación particular, ya que, no obstante la posibilidad de sustitución de la sindicatura recogida en la regla general del artículo 908 del Código de Comercio, subsistía la referencia específica de que en las ventas al contado y a plazo, los síndicos podían detener los géneros comprados y reclamados para la masa pagando su precio al vendedor (art. 909, *in fine*)²⁰⁵.

En consecuencia, parece que el reconocimiento de este derecho de sustitución de la sindicatura no impide el ejercicio del derecho de separación por el contratante *in bonis*, en el sentido de que podría ejercerse antes o después de que la sindicatura decida mantener el contrato a cargo de la masa. Sin embargo, la continuación en la relación jurídica con los síndicos impedirá una acción de separación que pretenda «la restitución de las mercaderías, efectos y cualquiera otra especie de bienes». El contratante *in bonis* siempre podría pedir que se declare que el quebrado no es propietario y que el bien no puede entrar en la masa activa para atender a la satisfacción de los acreedores concursales; no podrá, en cambio, reclamarlo y poner fin al contrato, si la sindicatura ha decidido asumir en el mismo los derechos y obligaciones correspondientes al quebrado. Así, si entendemos que el respectivo titular se limita a *separar* el bien de la masa con el fin de que le sea reconocido el título del que deriva su derecho, la decisión en torno a la relación contractual subyacente parece desplazarse a los órganos del procedimiento. Desde esta perspectiva, la sindicatura podrá realmente «optar» entre sustituir al quebrado en el contrato y cumplir con las obligaciones que a este correspondían con cargo a la masa o bien no sustituirlo, en cuyo caso el contrato se resuelve por acción de la parte *in bonis*²⁰⁶, por acuerdo entre la parte *in bonis* y los síndicos, o por la acción de los propios órganos del procedimiento; y siempre que el contratante *in bonis* no decida el cumplimiento de las prestaciones a su cargo y se

²⁰⁵ En el Derecho vigente, para el contrato de comisión, se ha defendido una solución semejante a la del negocio fiduciario, donde la titularidad real del fiduciante se superpone a la titularidad formal o aparente del fiduciario, de manera que tanto en la comisión directa (art. 247 CCom) como en la comisión indirecta (art. 246 CCom) el comitente podrá separar el bien que se encuentra en poder del comisionista, v., RECALDE, A., «Art. 80. Separación», en Rojo-Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 1462 y 1463.

²⁰⁶ Según se ha puesto de manifiesto, del inciso final del 908 se deduce que el contrato no solo no se resuelve por la quiebra, ya que la masa puede sustituir al quebrado cumpliendo las obligaciones a su cargo, sino que «la efectiva recuperación del bien por su titular se subordina a la circunstancia de que la masa no continúe dicho contrato, sea porque el contrato se extinga con la declaración de quiebra —v. gr., mandato, depósito, comisión en caso de quiebra del comisionista—, sea porque los órganos de la quiebra decidan no continuarlo», v. BELTRÁN, E., «El derecho de separación en la quiebra», cit., pg. 283.

insinúe en el procedimiento como acreedor concursal por el dividendo correspondiente. Esta solución parece más acorde con un sistema que ha comenzado a regular la posibilidad de un acuerdo de continuación de la empresa —art. 928 C. de C. de 1885— y a valorar la continuación como una alternativa a la liquidación²⁰⁷. En aras de esa nueva finalidad, sería preciso el mantenimiento de todas aquellas relaciones contractuales que hacen posible la continuación (v. gr. suministros de electricidad, agua, teléfono o materias primas; arrendamientos de local de negocio o compraventas de bienes necesarios para la actividad)²⁰⁸.

Desde el punto de vista contractual, parece que mediante las acciones reconocidas a los acreedores del 909 del Código de Comercio sobre determinados bienes, estos podían reclamar el bien y exigir su restitución o separarlo de la masa y evitar que ingrese en ella. En el primer supuesto, la restitución del bien al respectivo acreedor pondrá fin a la relación jurídica existente con el quebrado cuando la sindicatura no enerve esa reclamación, sustituya al contratante quebrado y cumpla a cargo de la masa las prestaciones a que venía obligado en función del contrato. En el segundo supuesto, si la reclamación consistía en la simple declaración del derecho del contratante *in bonis* dirigida a separar el bien de la masa activa, el contrato subsiste siempre que la sindicatura sustituya al quebrado, ya que en otro caso el contratante *in bonis* podría pedir la restitución y poner fin a la relación. Una separación dirigida a la restitución y de alcance jurídico-real podría fundarse en la resolución del contrato (art. 1124 CC), en tanto que una separación de alcance declarativo podría fundarse en la *exceptio inadimpleti contractus* implícita en los contratos de carácter bilateral o recíproco, en la medida en que el contratante *in bonis* mantiene el contrato, sin reclamar el bien, a la espera de que la sindicatura decida si sustituye o no al quebrado. Ahora bien, en ambos supuestos, la separación a favor del acreedor *in bonis* constituiría una forma de garantía frente al resto de acreedores del quebrado sujetos a la ley del dividendo, ya que si el contratante *in bonis* no obtiene el cumplimiento íntegro de la sindicatura pueden recuperar el bien y poner fin a la relación jurídica con el quebrado.

Ese trato privilegiado se manifestaba claramente en el supuesto del vendedor *in bonis* e insatisfecho, que tanto en las ventas al contado como en las ventas a plazo tenía la posibilidad de recuperar el bien, aun cuando se haya producido su entrega material o

²⁰⁷ V. sobre la posibilidad de continuación de la empresa, BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, cit., pg. 152 y 153, n. (6).

²⁰⁸ Si observamos el Derecho francés, el cambio de filosofía que se produce esencialmente con la reforma de 1967, al evitar, al menos inicialmente, el carácter liquidatorio y articular un procedimiento tendente a la continuación, no vino a modificar sustancialmente el derecho de separación, salvo en lo que se refería a su conexión con las relaciones jurídicas pendientes. Así, el derecho de los propietarios seguía siendo el mismo, el que se verá alterado será el derecho de crédito, v. ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pg. 110.

De forma semejante, el Código de Comercio español de 1885 mantiene la regulación particular para las ventas al contado y a plazo, ya que estos sujetos eran «propietarios», y recoge como regla general el derecho de sustitución de la sindicatura, que permite a este órgano mantener dentro de la masa los derechos correspondientes al quebrado, cuando cumpla con las obligaciones anejas a los mismos.

simbólica (mediante la entrega de los documentos representativos de las mercancías) al quebrado. Y que en el caso de que no hubiera habido entrega y el bien se encontrara en su poder podrá retenerlo hasta que la sindicatura pague el precio.

En definitiva, nos encontramos ante normas que se dirigen a «proteger» de manera especial a determinados sujetos dentro del procedimiento de quiebra y que, por tanto, deberían tener un alcance muy limitado, si bien, la doctrina ha tratado de extraer de ellas las reglas aplicables con carácter general a los contratos bilaterales dentro del procedimiento. Surge así la necesidad de indagar en la fundamentación de ese sistema especial de protección del vendedor insatisfecho en la quiebra del comprador.

4. La «reivindicatoria especial» del vendedor al contado insatisfecho: su fundamentación histórica

Si, conforme al sistema español de transmisión de la propiedad, el comprador-quebrado en poder de las mercancías es propietario y la reclamación del vendedor no puede basarse en el dominio ni en el ejercicio de una reivindicatoria, ¿cuál sería entonces el fundamento de la acción ejercida por el vendedor de bienes muebles insatisfecho? Para algunos autores el vendedor puede recuperar los bienes en ejercicio de una *vindicatio utilis*²⁰⁹, o en base a un derecho de resolución²¹⁰. Para otros, en cambio, estamos ante un mecanismo especial que se funda en un derecho del vendedor a la «restitución de la posesión», que le permite volver a la situación anterior a la entrega sin resolver la venta y recuperando su «derecho de retención»²¹¹.

Las diferentes interpretaciones dirigidas a justificar la reclamación del vendedor al contado insatisfecho ponen de manifiesto la necesidad de proceder al análisis de las

²⁰⁹ V., la exposición de esta teoría en BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, Padua, 1935, pgs. 144 y 145. Esta parece ser la opinión de RODRÍGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*, cit., pg. 169; y también de GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, t. V., pg. 63.

²¹⁰ Esta teoría fue defendida inicialmente por el francés DURATÓN, v. BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, cit., pgs. 46 y ss.; también la exposición de RODRÍGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*, cit., pgs. 160 a 169.

En una posición intermedia se encontraba la llamada teoría de la resolución *ipso iure* defendida por ZIINO, M., *La rivendicazione nel fallimento*, Milán, 1908, pgs. 68 a 72. Para este autor, el vendedor reivindica en la medida en que recobra la propiedad como consecuencia de la resolución *ipso iure* del contrato. También para DURATÓN la reivindicación del vendedor es consecuencia de la resolución del negocio, pero no de una resolución automática, sino de la resolución general, ordinaria y judicial, prevista para los supuestos de incumplimiento, v. BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, cit., pgs. 47 y 48.

²¹¹ V. BONELLI, G., *Del Fallimento (Commento al codice di commercio)*, cit., pg. 568. Esta teoría niega que la reivindicación especial del vendedor constituya un remedio basado en la propiedad y afirma que no tiene por objeto la resolución del contrato, sino únicamente hacer que el vendedor recupere el derecho de retención sobre la cosa, que tiene en base a la *exceptio inadimpleti contractus*, y que ha perdido imprudentemente al entregarla al comprador.

razones históricas que justifican la normativa con el fin de delimitar su alcance y, en definitiva, las razones de su subsistencia²¹².

4.1. El Derecho romano

4.1.1. La transmisión de la propiedad en Derecho justiniano y la exigencia del pago del precio en la compraventa

Parece que en el Derecho romano en ningún momento la simple voluntad del *tradens* fue suficiente para transmitir la propiedad de la cosa vendida²¹³. La *emptio venditio* no suponía transmisión, y compraventa y transmisión eran actos absolutamente distintos²¹⁴. Ello justificaba la regulación de diferentes negocios traslativos de la propiedad.

Los modos más antiguos de enajenación eran: la *traditio*, para las *res nec mancipi* —únicas susceptibles de adquisición *iuris gentium*— y la *mancipatio*, para las *res mancipi*. La diferencia fundamental entre ambas figuras residía en que en tanto la *traditio* se presentaba como un modo natural de transmisión desprovisto de formalidades, la *mancipatio* constituía un mecanismo de transmisión ritual y solemne. Posteriormente, el *ius civile* contó también con la *in iure cessio*, para la constitución del dominio sobre personas o cosas *mancipi* o *nec mancipi*. En la *in iure cessio* los requisitos formales revestían también especial importancia.

²¹² V. RECALDE, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, cit., pg. 187. A juicio de este autor, «una explicación dogmática de la institución no es nunca posible si se ignora su sentido histórico».

²¹³ V., sobre el concepto romano de transmisión de la propiedad, GALLO, F., *Studi sul trasferimento della proprietà in Diritto romano*, Turín, 1955. Como pone de manifiesto este autor, en torno al problema de la transmisión de la propiedad en Derecho romano y, especialmente, en época clásica, la doctrina romanista se divide en dos concepciones principales: la tradicional y mayoritaria, para la cual en todo el proceso evolutivo del Derecho romano resulta conocida y operante la noción de transmisión de la propiedad de modo semejante a como es entendida en los Derechos modernos; y la minoritaria, encabezada por DE FRANCISCI, conforme a la cual el Derecho romano clásico no habría conocido el concepto de transmisión de la propiedad. De modo que, en las transmisiones, no se producía el traspaso de un mismo derecho del adquirente al transmitente, sino que en el adquirente surgía un derecho nuevo, distinto del que existía en el transmitente.

Frente a tesis tan opuestas, el profesor GALLO considera que los juristas clásicos conocían y empleaban con frecuencia en sus obras en relación al derecho de propiedad la noción de transmisión, si bien este concepto poseía una naturaleza peculiar y específica que impedía su total asimilación con las categorías análogas del Derecho actual. Así, entre esas peculiaridades, se pone de relieve el formalismo y la tipicidad propia de los actos traslativos del *dominium*, *mancipatio*, *traditio*, e *in iure cessio*, y la neta distinción existente entre esos actos y los negocios que justificaban la transmisión. V., en la ob. cit., pgs. 26 y ss.

²¹⁴ V. SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, J. Santa Cruz Teigeiro (trad.), Barcelona, 1960, pgs. 503 y 504. También, ROMANO, S., *Nuovi Studio sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compraventa romana*, Padua, 1937, pg. 184.

A lo largo del Derecho romano, desde el periodo antiguo al clásico, esos modos de transmisión sufren un proceso de evolución contrapuesto²¹⁵, íntimamente unido a aquel otro proceso histórico que determina la configuración de la venta consensual romana²¹⁶. Esa evolución culmina con Justiniano cuando la *traditio* se convierte en el

²¹⁵ Inicialmente el esquema formal de la *mancipatio* consistía en una venta al contado que se materializaba con el intercambio inmediato de un bien contra su precio y conllevaba la garantía del *mancipio dans* frente al *mancipio accipiens* por la propiedad que le era transferida (evicción). Con posterioridad, la *mancipatio* comienza a emplearse en otras transmisiones con causas muy variadas y que no requerían un correspondiente. El acto formal subsiste en todos sus elementos, pero, o bien no se pagaba el precio o este resultaba irrisorio. De este modo, la *mancipatio* devino un acto general de transmisión de *res Mancipi* con independencia de su causa. Ya en el periodo clásico la *mancipatio* era una *imaginaria venditio* y funcionaba como un negocio abstracto de transmisión de la propiedad de una *res Mancipi*. Algo parecido sucede con la *in iure cessio*. Sin embargo, la evolución sufrida por la *traditio* responde a un proceso inverso. Si este modo de transmisión consistía inicialmente en la entrega material de un bien con la voluntad de transmitirlo y de adquirirlo con independencia de cuál fuera la causa de esa adquisición y transmisión; con el tiempo, se exigió para la transmisión de la propiedad de una *res nec Mancipi* mediante *traditio* la concurrencia de una *iusta causa traditionis*. La entrega debía ir acompañada de la voluntad de transmitir el dominio y de una causa idónea para justificar la transmisión. V., sobre este proceso, PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto romano*, Turín, 1991, pgs. 131 a 133 y 463 a 467; también, IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Barcelona, 1984, pgs. 291 a 295 y 297 a 302; y KASER, M., «Compraventa y transmisión de la propiedad en el derecho romano y en la historia de la dogmática moderna», *AAMN*, 13, 1962, pgs. 569 y ss, en especial, pgs. 572 a 579.

²¹⁶ Para una breve exposición de la evolución histórica del instituto, v. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La compraventa», en *Estudios de Derecho romano de obligaciones en homenaje al profesor J. L. Murga Genes*, Madrid, 1994, pgs. 549 a 564, en especial, pgs. 549 a 553.

Los autores han aportado diversas hipótesis dirigidas a explicar el largo proceso que cristaliza en el contrato de compraventa consensual. V., una exposición global de esas opiniones en TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Madrid, 1993, pgs. 447 a 449. Son numerosas las obras dedicadas al estudio de los orígenes de la compraventa consensual romana, si bien en nuestra opinión destacan el tradicional estudio de SECKEL, R., y LEVY, E., «Die Gefahrtragung beim Kauf im Klassischen Römischen Recht», *Z.S.S. Romanistische Abteilung*, 47, 1927, pgs. 117 y ss; o las obras de BECHMANN, A., *Der Kauf nach Gemeinem Recht*, Leipzig, 1965; y ARANGIO-RUIZ, V., *La compraventa in Diritto romano*, vol. I y II, Napoles, 1987. También los trabajos de MEYLAN, P., «La genese de la vente consensuelle romaine», *Revue historique de Droit francais et étranger*, 21, 1953, pgs. 129 y ss, y FERRINI, C., «Sull'origine del contratto di vendita in Roma», en *Opere di Contardo Ferrini*, vol. III, Milán, 1929, pgs. 49 a 79.

Algunas de esas hipótesis se aventuran a señalar que la compraventa consensual romana deriva de la recepción y asimilación por el Derecho privado de instituciones propias del Derecho público o bien de la influencia de figuras procedentes de otros derechos extranjeros, especialmente del Derecho griego, si bien parece existir desde PRINGSHEIM —*The greek law of sale*, 1950, obra que no hemos tenido ocasión de consultar— una cierta unanimidad entre los autores en torno a la originalidad de las ventas consensuales romanas respecto de otros Derechos como el griego, v. ARCHI, G. G., *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padua, 1934, pg. 75; también, BECHMAN, A., *Der Kauf nach Gemeinem Recht*, cit., pg. 1; y MEYLAN, P., «La genese de la vente consensuelle romaine», cit., pg. 129. En Derecho griego se conocía la compraventa con efectos traslativos reales y, según se ha puesto de manifiesto, la compraventa griega no llegó a contrato consensual, v. TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, cit., pg. 446.

Otras hipótesis consideran que la compraventa consensual es resultado de la transformación orgánica de las ventas al contado, pero no existe acuerdo en cuanto a los elementos determinantes de esa transformación. Para algunos la evolución se produce a partir de la aplicación de la *mancipatio* a las ventas de fundos, v. MEYLAN, P., «La genese de la vente consensuelle romaine», cit., pgs. 150 y ss; para otros, la venta al contado como contrato real evolucionó en contrato consensual a partir del momento en que el precio pudo acreditarse, v. BECHMANN, A., *Der Kauf nach Gemeinem Recht*, cit., pgs. 329 y ss. Finalmente, una concepción muy extendida considera que el contrato consensual de *emptio venditio* se originó en la *fides* negocial propia del *ius gentium* y su desarrollo posterior tuvo estrecha relación con la práctica jurisdiccional del *praetor peregrinus*, v., sobre esta tesis, PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto romano*, cit., pg. 557; también, GALLO, F., *Il principio «emptio dominium transfertur» nel diritto*

modo exclusivo de transferir la propiedad *inter vivos*, por haber desaparecido la *mancipatio* y la *in iure cessio*²¹⁷. En el Derecho justinianeo las cosas se adquieren por

pregiustiniano, Milán, 1960, pg. 38; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La compraventa», cit., pgs. 553 a 557; y ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, pg. 157.

²¹⁷ V., por todos, SHULZ, F., *Derecho romano clásico*, cit., pg. 337.

El desarrollo de ese proceso evolutivo a lo largo de las diferentes épocas ha sido objeto también de un importante debate en la doctrina romanista. V. GALLO, F., *Il principio «emptio dominium transfertur» nel diritto pregiustiniano*, cit., pgs. 28 y ss. Este autor parte de que frente al periodo clásico, donde la compraventa se concibe como contrato consensual, en el periodo posclásico se encuentra afirmado por las Constituciones imperiales que «*emptio dominium transfertur*». Así llegó a entenderse que en la época posclásica la adquisición de la propiedad se conectaba directamente al acuerdo de los contratantes. Una parte de la doctrina consideraba que se debía al desarrollo de la compraventa consensual desde la puramente obligatoria del Derecho clásico a la traslativa del dominio. Sin embargo, otros autores entendieron que el paso de la compraventa consensual a la traslativa se debió a un retorno a estadios más primitivos del propio Derecho romano, donde las ventas al contado fueron concebidas como ventas con efectos traslativos reales. Para el profesor GALLO ambas opiniones parten de un prejuicio, el de la antítesis Derecho clásico/Derecho posclásico, cuando la realidad histórica ha puesto de manifiesto que es preciso reconducir la experiencia jurídica del periodo posclásico al clásico si se quiere comprender aquel plenamente, y así lo confirma el supuesto específico de la compraventa. En su opinión, en Derecho romano clásico la compraventa tenía solamente eficacia obligatoria, y las obligaciones fundamentales que nacían del contrato —*possessionis traditio* y pago del precio—podían cumplirse separadamente, sin que existiera un medio general para pedir en caso de incumplimiento la resolución del contrato. Sin embargo, este esquema típico de la compraventa elaborado por la jurisprudencia encontró escasa aplicación práctica. Con Diocleciano se acogen para la compraventa esos principios de la jurisprudencia clásica: naturaleza consensual, eficacia obligatoria, distinción entre contrato y acto traslativo y valor puramente probatorio del documento. No obstante, las divergencias entre ese Derecho oficial y la realidad práctica darán lugar a diferentes peticiones dirigidas al emperador reclamando la vigencia oficial de normas propias de la praxis, entre ellas, el reconocimiento de eficacia traslativa al acuerdo de las partes, sin que se exija la entrega para la transmisión de la propiedad, pero subordinando el efecto traslativo al requisito del pago del precio. Aunque con Diocleciano se ven reafirmados los principios fundamentales del Derecho clásico, esta defensa será abandonada con Constantino, el cual se encuentra más próximo a las reglas y concepciones de la práctica que al esquema típico elaborado por la jurisprudencia. Desde ese momento, los emperadores recogen en sus disposiciones que en materia de compraventa el efecto traslativo se conecta directamente al acuerdo, al tiempo que exigen, a partir del S. V., el pago del precio para la transmisión de la propiedad. De modo que, según el Derecho oficial, ya no se distinguía entre contrato y acto traslativo, y la *traditio* no se podía concebir como un modo de adquisición de la propiedad en base a la *iusta causa*, ya que cada causa de adquisición se eleva a modo de adquisición de la propiedad. Sin embargo, con Justiniano la *traditio* no solo recuperará su condición de modo de transmisión sino que se convierte en el requisito generalmente exigido para la transmisión del dominio. La evolución descrita pone de manifiesto que en el Derecho romano la exigencia del pago del precio para la transmisión de la propiedad se conectaba a una concepción traslativa de la compraventa y encuentra su justificación en la necesidad de proteger al vendedor ante un sistema traslativo que permitía al comprador disponer de los bienes desde que concurría el acuerdo entre las partes. De esta conexión se deduce también la divergencia entre el Derecho oficial y la praxis en cuanto a la exigencia del pago del precio en la compraventa. Tengamos en cuenta que el esquema de la compraventa elaborado por la jurisprudencia romana representaba en el mundo antiguo un *quid unicum*, ya que en la inmensa mayoría de los Ordenamientos de la Antigüedad la compraventa tenía carácter traslativo, el cual solía subordinarse al requisito del pago del precio. Entendiéndose que ello era debido a que esos Derechos se hallaban en un estadio evolutivo más primitivo, que no pudieron superar al verse desplazados por el Derecho romano. En cualquier caso, parece probable que la norma que exigía el pago del precio en la compraventa subsistiera, no obstante el Derecho romano oficial, y continuara siendo observada en la práctica por los nuevos ciudadanos romanos tal y como había estado vigente en sus respectivos Derechos. Por otro lado, mientras que en el Derecho romano oficial de Occidente incluso Constantino parece considerar el pago del precio un mero elemento natural del negocio, en la *partes orientis* del Imperio este requisito había pasado ya desde la práctica al Derecho oficial, en cuanto se consideraba implícito en el principio *emptio dominium transfertur*. Hasta que en una Novela dictada por Valentiniano III para Occidente, el pago resulta considerado, por primera vez, un *essentiale negotii*. En definitiva, si la subordinación del efecto

tradición (D. 41, 1, 9 e I. 2, 1, 4), aunque la simple tradición no transfiere el dominio si no va precedida de venta o de otro justo título, del que es consecutiva la entrega (D. 41, 1, 31)²¹⁸.

Pero, al mismo tiempo, el Derecho justiniano (D. 18, 1, 19 e I. 2, 1, 41) recoge también la regla de que el comprador solo se hace propietario de la cosa cuando ha pagado el precio o bien cuando ofrece garantía personal o real de que lo pagará²¹⁹. La propiedad *venditionis causa* se transmite con el pago del precio o la concurrencia de una garantía, a no ser que el vendedor *fidem emptoris sequi*, esto es, concediera un aplazamiento al comprador²²⁰. De modo que, conforme al Derecho justiniano, era posible distinguir en cuanto al momento de la transmisión de la propiedad de la cosa entre las ventas al contado y las ventas a plazo. En las primeras, la propiedad de los bienes objeto del contrato no se transmite —aunque mediara la entrega efectiva de las mismas al comprador— hasta el pago total del precio o la concurrencia de una garantía. En las segundas, la propiedad se transmite con la entrega. En las ventas al contado, si el vendedor ha entregado la cosa y el comprador demora el pago del precio, el vendedor no solo puede demandar al comprador exigiéndole el pago con la *actio venditi*, en cuanto acreedor en un contrato de buena fe con prestaciones correspectivas, sino que también puede reivindicar la cosa puesto que conserva el *dominium* sobre la misma

traslativo al requisito del pago del precio parece incompatible con la estructura y disciplina jurídicas de la compraventa clásica es porque aquella era una compraventa consensual en la que el pago del precio constituía una suerte de *naturale negotii*. Ello no impide que en la práctica se exigiera, en la medida en que los nuevos ciudadanos del Imperio eran propensos a considerarlo un requisito esencial por influencia de sus respectivos Derechos. Con el tiempo, esa práctica pudo ser asumida por el Derecho posclásico, donde llegó a configurarse la compraventa con carácter traslativo y a exigirse el pago del precio como un elemento esencial del negocio. Ahora bien, si en Derecho justiniano la compraventa es un negocio consensual que exigía el requisito externo de la *traditio* para la transmisión de la propiedad, parece que no tendría sentido exigir además el pago del precio o que, en todo caso, de exigirse no podría revestir el carácter de elemento esencial del negocio, determinante de su naturaleza.

²¹⁸ Si bien, el *Corpus iuris civilis* no muestra una línea clara y definitiva en la cuestión de la *causa traditionis*. Unas veces se atribuye a la tradición carácter abstracto y otras se la califica de causal. V. KASER, M., «Compraventa y transmisión de la propiedad en el derecho romano y en la historia de la dogmática moderna», cit., pgs. 580 a 582; y, muy especialmente, MIQUEL, J., «Compraventa y transmisión de la propiedad», en AA.VV.: *Estudios sobre Derecho romano de obligaciones en homenaje al profesor J. L. Murga Genes*, Madrid, 1994.

²¹⁹ V. IGLESIAS, J., *Derecho romano*, cit., pg. 434; GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho privado romano*, Madrid, 1989, pg. 635; TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, cit., pgs. 457 y 458; PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto romano*, cit., pgs. 896 y 897; y, especialmente, ARANGIO-RUIZ, V., *La compraventa in Diritto romano*, vol. II, cit., pgs. 276 y ss.

²²⁰ El tema ha sido objeto de diversas explicaciones y son muy variadas las opiniones en torno a la procedencia de esta norma, v., al respecto, ARCHI, G. G., *Il trasferimento de la proprietà nella compravendita romana*, cit., pgs. 70 y ss; y ROMANO, S., *Nuovi Studio sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, cit., pgs. 3 a 12; también, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, L., «Note intorno a D. 18, 1, 53», *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* «Vittorio Scialoja», 82, 1979, pgs. 119 a 139. El propio pasaje de las Instituciones justinianas (2, 1, 41) se remite a una disposición de las XII Tablas que condicionaba la efectividad de la *traditio* al pago del precio. Si bien hay autores que consideran que esta referencia es con toda probabilidad apócrifa, y que el Derecho de las XII Tablas fue concordante con el clásico, v. SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, cit. pg. 337.

hasta que se produzca el pago total del precio o se preste la correspondiente garantía, y sin que el comprador pueda oponerle a su vez la *exceptio rei venditae et traditae*. Lo que sí podía hacer el comprador era evitar los efectos de la reivindicación ofreciendo el pago del precio²²¹. En cambio, en las ventas a plazo, el vendedor desde el momento de la entrega pierde el *dominium* sobre la cosa y, por tanto, la posibilidad de obrar mediante la *reivindicatio*. Solo podrá demandar al comprador exigiéndole el pago del precio, a no ser que se hubiera reservado la propiedad hasta el pago total²²². En ningún caso podrá el vendedor insatisfecho pedir la resolución del contrato por incumplimiento²²³. Parece, pues, que por medio de una auténtica *reivindicatio*²²⁴ el

²²¹ Sobre esta posibilidad, v. BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, cit., pg. 9, n. 1.

²²² V., al respecto, GUILLOUARD, L., *Traité des privilèges et hypothèques*, vol. I, París, 1897, pg. 453. Parece que la cuestión de la admisibilidad en Derecho romano del *pactum reservatium dominii* va unida a la solución que se acepte respecto a la determinación del momento en que tenía lugar, en la compraventa romana, la transmisión de la propiedad de la cosa vendida. Si aceptamos la eficacia traslativa de la *traditio*, el pacto de reserva de dominio habría tenido razón de existir para impedir el efecto traslativo. Sin embargo, si admitimos que en las ventas al contado la tradición no transfiere el dominio, si no va acompañada del pago del precio —salvo que concurra *satisfactio* o *fidem sequi*—, la cláusula de reserva de dominio constituiría una excepción a la propia excepción legal dirigida, en definitiva, a restablecer la regla general que exigiría el pago del precio para la transmisión de la propiedad.

²²³ V. COLIN, A., y CAPITANT, H., *Cours élémentaire de droit civil français*, vol. II, París, 1921, pg. 345. También, STANISLAS, G., *Le droit de résolution dans le contrat de vente*, Ginebra, 1979, pgs. 5 y 6.

En principio, el Derecho romano rechazaba la posibilidad de resolución del contrato. Ante el incumplimiento del comprador, el vendedor que ha cumplido corría el peligro de perder la cosa y el precio, ya que solo puede obligar al comprador a cumplir, y si este es insolvente, corre el riesgo de que su demanda resulte infructuosa. Por ello, llega a admitirse en el contrato de compraventa la inserción de una cláusula a tenor de la cual si el comprador no paga el precio en el plazo señalado, el contrato se resolvía teniéndose por no celebrado, puesto que el comprador debía restituir la cosa con abono de frutos y, en su caso, indemnización de daños, y el vendedor debía devolver la parte del precio que hubiera recibido. Este pacto comisorio o *lex commissoria*, que debía ser alegado por el vendedor, operaría *ipso iure*, de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial expresa —aunque se discute si antes de ejercer la acción resolutoria a la que daba lugar el pacto, el vendedor debía constituir en mora al deudor mediante la *interpellatio*—. V. ARANGIO-RUIZ, V., *La compraventa in Diritto romano*, vol. II, cit. pgs. 400 y ss. También, IGLESIAS, J., *Derecho romano*, cit., pgs. 439 y 440; PLANIOL y RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, París, 1932, pg. 571; y HERNÁNDEZ-TEJERO, L., «Pactos añadidos a la compraventa», en *Estudios de Derecho romano de obligaciones en homenaje al profesor J. L. Murga Genes*, Madrid, 1994, pgs. 565 a 571.

En cuanto a la concurrencia de otros posibles medios defensivos aplicables a los contratos en los que surgían obligaciones para ambos contratantes, parece que en Derecho romano no se contemplaba, inicialmente, la posibilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, dado que aun cuando el contrato contuviera obligaciones a cargo de ambas partes, estas obligaciones eran independientes entre sí y la falta de cumplimiento de una de las obligaciones no producía ninguna repercusión en la otra. Pero, según los autores, en un estadio evolutivo avanzado, una vez que la jurisprudencia llega a admitir la perfección del contrato por el simple consentimiento, las obligaciones de entregar y pagar que en él se originaban se presentan como simultáneas. Se generaliza entonces la idea de que ninguno de los contratantes puede exigir la prestación del otro sin ofrecer al mismo tiempo el cumplimiento de su propia obligación. Mientras uno de los obligados no cumpla, el otro tampoco tiene por qué cumplir. Así, por un lado, el comprador que exige la cosa debe ofrecer el precio, y puede oponer frente a la acción del vendedor que le reclama el precio la falta de entrega de la cosa, y, por otro, el vendedor que exige el precio debe ofrecer la cosa, y puede oponer frente a la acción del comprador que le reclama la cosa la falta de entrega del precio. En consecuencia, parece que cuando esas dos obligaciones y esas dos acciones, originariamente independientes, se transforman en interdependientes, comienza a producirse la moderna figura del contrato sinalagmático. V. DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol I, Madrid, 1988, pg. 556; también, sobre el origen de la idea de interdependencia de las obligaciones, ARCHI, G., *II*

trasferimento della proprietà nella compravendita romana, cit., pg.82; D'ORS, A., *Derecho romano*, cit., pg. 531; y TORRENT, A., *Manual de Derecho privado romano*, cit., pg. 457.

No obstante, algún autor ha señalado que el Derecho romano no logró una plena actuación del principio de interdependencia, v. ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in Diritto romano*, vol. II, cit., pg. 227. Así, es posible que se llegara por la jurisprudencia a la concepción del sinalagma, y que, sin embargo, las obligaciones de las dos partes contratantes, aunque se consideraran nacidas de un mismo acuerdo de voluntades, mantuvieran plena independencia en el momento de su ejecución. En definitiva, parece que aunque la *exceptio* no existe como tal en Derecho romano, sí se encuentran ciertos textos en materia de compraventa que apuntan a la posibilidad de que una de las partes pueda oponerse a realizar su obligación cuando la otra parte no ha satisfecho la suya o se ha ofrecido a ejecutarla. Por otro lado, ya en el periodo clásico se admitía la posibilidad de que el contratante al que se demandaba la ejecución del contrato pudiera oponer la *exceptio doli* a su contraparte, la cual a su vez no ejecutó, pues tendría dolo el que reclama lo que se le debe sin haber cumplido a su vez, v. DE COSSÍO, A., «Los riesgos en la compraventa civil y mercantil», *RDP*, 1944, pgs. 362 y 363.

El Derecho justiniano, por su parte, recogía la posibilidad de que el contratante cumplidor reclamara a la parte incumplidora la restitución de la cosa mediante la *condictio causa data causa non secuta*, pero solo en los contratos innominados del tipo *do u des* o *do ut facias*. La *condictio* se configuraba como una acción general frente al enriquecimiento y, si esos supuestos se caracterizaban porque en ellos se producía un enriquecimiento patrimonial para las partes, la tutela se dirigía a evitar que uno de los contratantes se enriqueciera definitivamente en tanto no se produjera también el enriquecimiento del otro contratante. Junto a la *condictio* existían otros recursos destinados a cumplir una función semejante, entre ellos, es interesante destacar la *vindicatio utilis*. V. IGLESIAS, J., *Derecho romano*, cit., pg. 484.

²²⁴ En Derecho romano la *reivindicatio* se configura como la acción real que tiene el propietario no poseedor frente al poseedor no propietario para obtener la declaración de su derecho y la restitución de la cosa o su equivalente en dinero. Constituye la *actio in rem* por excelencia y los requisitos para su ejercicio varían en las diversas fases de su evolución histórica.

En el periodo antiguo, dentro de las acciones de tutela o *legis acciones*, corresponde a la *legis actio sacramento in rem* la tutela de ciertos derechos sobre los bienes y, entre ellos, el de propiedad. Ahora bien, en este procedimiento ambas partes afirman el mismo derecho de propiedad, sin que exista diferencia de posición entre demandante y demandado. Se trataba, por tanto, de un proceso entre pretensores dominicales que daba lugar a un juicio necesariamente relativo, ya que no resultaba vencedor aquel que según el magistrado era titular en sentido absoluto de la propiedad en cuestión, sino aquel que tenía sobre la cosa el derecho más fuerte o menos débil —de donde se ha querido deducir que el mismo derecho de propiedad en el periodo antiguo no tenía carácter absoluto sino relativo—.

En el periodo preclásico y clásico, la *reivindicatio* se ejerció mediante dos procedimientos: *agüere in rem per sponsionem* o *per formulam petitoriam*. Ambos se dirigen a dilucidar el derecho de propiedad, pero miran también a la restitución de la cosa. En plena época clásica la legitimación activa para el ejercicio de la *reivindicatio* corresponde al propietario, en tanto que la legitimación pasiva que, en principio, solo correspondía al poseedor, desde el bajo Imperio, se va extendiendo a personas que materialmente no eran poseedores —simple detentador—.

Con Justiniano se amplía aún más el ámbito de legitimación pasiva en la *reivindicatio* clásica, de manera que podrá ser demandado tanto el mero detentador —el cual, a su vez, se verá libre del proceso indicando la persona por quien posee—, como aquel que dejó de poseer dolosamente al objeto de librarse de procedimiento o aquel que se ofreció dolosamente a ser demandado para engañar al propietario (son los llamados *ficti possessores*). V. IGLESIAS, J., *Derecho romano*, cit., pgs. 312 a 314; y PUBLIESSE, G., *Istituzioni di Diritto romano*, cit., pgs. 68 a 72, 473 a 475 y 859. También, TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, cit., pgs. 282 a 284; y GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho privado romano*, cit., pgs. 294 a 297.

Por otro lado, el reivindicante debía probar su propiedad sobre la cosa y la posesión de la otra parte, la cual, a su vez, podía utilizar los mecanismos de defensa que le proporcionaban la *exceptio doli* y la *exceptio rei venditae et traditae*. Además, esta acción podía tener por objeto tanto cosas corporales como *universitates rerum*, en cuanto estuvieran constituidas por un conjunto de cosas corporales. V., sobre la configuración de la *reivindicatio* romana, SERAFINI, F., *Istituzioni di Diritto romano*, Turín, 1909, pgs. 307 a 312; y SUPINO, D., *La rivendicazione nel fallimento*, Florencia, 1881, pgs. 3 a 6. No obstante esta configuración, los autores suelen citar un pasaje de las Instituciones (4, 6, 2) que parece referirse a un caso en que la legitimación para reivindicar corresponde al propietario-poseedor. Dicho texto dará lugar a una importante polémica. V., sobre las posiciones doctrinales más destacadas, DE MEDIO, A., «Unus Casus», en *Studi giuridici V. Scialoja*, vol. II, *Diritto Romano*, 1933-34, pgs. 273 a 284.

vendedor insatisfecho en las ventas al contado podía reclamar la cosa del comprador o de terceros de buena o mala fe y, de este modo, si el comprador resultaba insolvente no se vería afectado por el concurso con los demás acreedores²²⁵. Ahora bien, el presupuesto de aquella *reivindicatio* a favor del vendedor al contado, que se hallaba en la exigencia del pago del precio para la transmisión de la propiedad, resultaba difícilmente compatible con el carácter consensual de la compraventa romana y la generalización de la *traditio* en Derecho justiniano para la transmisión de la propiedad de cualquier *res*. De ahí que se desplegara una amplia actividad doctrinal dirigida a explicar la procedencia y alcance de la norma, si bien permanecemos lejos de poder ofrecer una interpretación clara y definitiva de los propios textos justinianos.

4.1.2. La doctrina en torno al requisito del pago del precio en las ventas al contado: los paralelismos con el sistema de transmisión de riesgos

Teniendo en cuenta las escasas certezas que ofrecen los textos, consideramos que pueden deducirse dos grandes líneas interpretativas en torno a la problemática de la exigencia del precio para la transmisión de la propiedad: por un lado, aquella que atribuye la aparición de la norma a la influencia en Derecho justiniano de elementos procedentes de otros Derechos de la Antigüedad, especialmente del Derecho griego²²⁶;

²²⁵ V. SUPINO, D., *La rivendicazione nel fallimento*, cit., pgs. 23 y 24.

También el titular de un derecho personal podía separar el bien del patrimonio de su deudor al margen del resto de acreedores por medio de la *vindicatio utilis*. Esta acción se concedía en distintas circunstancias —v. gr., al cónyuge donante sobre la cosa adquirida con la cantidad donada al otro cónyuge, o al menor contra el tutor o curador que hubiese adquirido un fundo con su dinero—.

En la doctrina es posible distinguir dos concepciones diversas en torno a la naturaleza jurídica de esta acción. La de aquellos que la conciben como una «acción personal reforzada o acción personal con limitada eficacia real»; y la de aquellos que la consideran una «acción real con eficacia limitada». En el primer caso, las características atribuidas a esta acción son las siguientes: Primera, es una acción dirigida a la transmisión de la propiedad, segunda, esa finalidad puede ser directa o eventual, según se vea satisfecho o no el derecho personal sobre el cual se funda (es posible enervar sus efectos ofreciendo al demandante-no propietario el precio del bien), tercera, es una acción que puede dirigirse solo contra el propietario, cuarta, tiene el objeto de reforzar una acción personal y quinta, es la forma privilegiada por la cual, en casos determinados, se puede hacer valer una razón personal frente al propietario. Desde este punto de vista, la *vindicatio utilis* se configura como una acción con la cual el legislador rompía en determinados casos la lógica jurídica, al permitir que una cosa pudiera ser reclamada a su propietario y, en consecuencia, sustraída de su patrimonio como garantía común de todos sus acreedores, para atribuirle directamente a un determinado sujeto, o bien atribuirle cuando el propietario no le pagaba el precio de la cosa o una determinada cantidad debida. Con ello el acreedor lograba evitar el concurso con los demás acreedores del propietario para poder cobrar.

La diferencia fundamental entre esta concepción y la de aquellos que ven en la *vindicatio utilis* una «acción real con eficacia limitada» radica en su eficacia frente a terceros. Para los partidarios de la «acción personal con limitada eficacia real», la acción no puede ejercitarse contra terceros poseedores; para los defensores de la «acción real con eficacia limitada», la acción podrá plantearse tanto contra el propietario-deudor, como contra terceros poseedores, si bien no será posible contra terceros adquirentes legítimos. V. BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, cit., pgs. 123 a 131. Este autor se muestra partidario de entender que nos encontramos ante una acción personal reforzada cuya eficacia se pone de manifiesto cuando sobreviene el concurso del deudor-propietario, ya que permite que el titular de un derecho personal pueda separar de su patrimonio una cosa o pueda obtener el pago total de su crédito, y sustraerse así al concurso con los demás acreedores.

²²⁶ Esta tesis aparece encabezada por PRINGSHEIM —v.—, sus estudios, «Eigentumsübergang beim Kauf» y «Randbemerkungen zur Schönbauer zur Frage des Eigentumsübergangs beim Kauf», en Z.S.S.

por otro, aquellas posiciones que tratan de hallar una justificación a la exigencia del pago del precio para la transmisión de la propiedad en el propio ámbito del Derecho romano, en los principios jurídicos que se fueron decantando a través de los siglos y que el Derecho justiniano se encarga de fijar y retener²²⁷.

Romanistische Abteilung, números 50 y 53, 1930 y 1933, pgs. 333 y ss, y 491 a 497, respectivamente—. Para este autor, el Derecho romano clásico no habría subordinado la transmisión de la propiedad de la cosa vendida a la necesidad de pago del precio o a la prestación de una garantía. En su opinión, el hecho de que los textos justinianos exijan el pago o la concurrencia de la garantía para transferir la propiedad de la cosa al comprador se justifica en la medida en que estamos ante interpolaciones introducidas por los compiladores bizantinos, que en estos supuestos no se limitaron a recopilar y ordenar las disposiciones y textos clásicos, sino que, bajo la influencia del Derecho griego, dieron entrada a principios extraños al Derecho romano clásico.

La obra de PRINGSHEIM ha sido objeto de importantes críticas, destacan especialmente las vertidas por APPLETON, CH., en «A l'époque classique le transfert de propriété de la chose vendue et livrée était-il subordonné, en règle, au paiement du prix?», en *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 1928, pg. 11 y ss. Si bien, las conclusiones del autor alemán podemos hallarlas en KASER, M., *Derecho romano privado*, J. Santa Cruz Teijeiro (trad.), Madrid, 1982, pg. 114, en cuya opinión, «para la adquisición de la propiedad por compraventa se exige en Occidente, como se exigió en Oriente (por influjo helenístico), el pago del precio». V., sobre la necesidad de pago del precio en la compraventa griega, ARANGIO-RUIZ, V., *La compraventa in Diritto romano*, vol. I, cit., pg. 17. Este autor pone de manifiesto que el Derecho griego daba preferencia al traspaso más rápido y evidente, el del precio, de modo que, aunque la cosa haya pasado a poder del comprador, el vendedor puede reivindicarla con éxito hasta que el precio le sea pagado. Así, para realizar una venta a plazos era necesario fingir que el vendedor presta al comprador una suma igual al precio, y en caso de incumplimiento el vendedor no actúa como tal, sino como acreedor por mutuo.

Coinciden también en considerar que se trata de una norma ajena al periodo clásico autores como SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, cit., pgs. 336 y 337; e IGLESIAS, J., para el cual en Derecho romano clásico el traspaso de la propiedad se operaba sin más por la concurrencia del modo correspondiente de transmisión *mancipatio*, *traditio* o *in iure cessio*, con independencia del pago del precio —v. *Derecho romano*, cit., pg. 434—.

Por último, destaca la posición del profesor D'ORS, A., *Derecho privado romano*, cit., pg. 178. Este autor considera que nos encontramos ante un supuesto especial: en Derecho romano clásico el comprador que no ha pagado el precio «puede considerarse propietario de la res tradita frente a todos, pero no frente al vendedor, que prevalecerá contra él en virtud de la exceptio (o replicatio) doli. Este efecto relativo fue aparentemente absolutivizado por Justiniano (Inst. 2, 1, 41), al decir que el comprador no adquiere la propiedad si no paga o da garantía; con esto se producía una posible aproximación al Derecho griego».

²²⁷ Este grupo aparece encabezado por la tesis extrema de SCHÖMBAUER —v. sus trabajos, «Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf» y «Zum römischen Kaufrecht», en *Z.S.S. Romanistische Abteilung*, 52 y 54, 1932 y 1934, pgs. 195 y ss, y 335 a 337, respectivamente—, el cual rechaza que una norma de esta naturaleza se deba a la influencia de disposiciones extrañas al Derecho romano y sitúa en el Derecho clásico el principio de la necesidad de pago o de un subrogado de este para la transmisión de la propiedad en toda clase de cosas, cualquiera que fuese la forma en que la compraventa se efectuase. Pero, también aquí podemos encontrar otras tesis intermedias que han venido manteniendo que en época clásica el requisito del pago para la transmisión de la propiedad se exige en función del modo de transmisión —*mancipatio*, *traditio*, *in iure cessio*—. En este sentido, ALBERTARIO —v. *Studi di Diritto romano*, Milán, 1936, vol. III, pgs. 427 a 466— distingue dos grandes fases en la evolución del Derecho romano. Una fase clásica y otra posclásica. En la primera, la exigencia de pago del precio para la transmisión de la propiedad de la cosa depende de que esta sea una *res Mancipi* o una *res nec Mancipi*. Estas últimas se transmitían con la *traditio* independientemente del pago del precio o de cualquier garantía concreta para el pago (se cita al respecto un texto de Gayo en Inst. 2, 20). En la compraventa de *res Mancipi*, en cambio, la transmisión de la propiedad se regulaba de modo diverso, ya que la *mancipatio* requería para la transmisión de la propiedad el pago del precio o que se hubiera ofrecido al vendedor una garantía concreta para el pago. Frente a ello, en el Derecho posclásico y justiniano desaparece aquella división entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, la *traditio* se convierte en el modo general de adquisición de la propiedad de cualquier *res*, y la norma clásica vigente para la venta de una *res nec Mancipi*, será la norma general justiniana para la transmisión de cualquier *res*. De manera que, la transmisión de la propiedad en la compraventa justiniana se produce siempre en el momento de la tradición con independencia del pago del precio o del ofrecimiento de una garantía. ARCHI —v. *Il trasferimento della proprietà nella*

Este panorama doctrinal presenta un destacado paralelismo con las posiciones de los autores en torno al problema de la transmisión de los riesgos en la compraventa y los antecedentes romanos de la regla *periculum est emptori*²²⁸. El análisis de esta problemática ha resultado bastante esclarecedor respecto de la cuestión que nos ocupa. En materia de riesgos se han rechazado las vinculaciones entre el sistema de transmisión

compravendita romana, cit., pgs. 114 y 154— se adhiere a ALBERTARIO en cuanto a las líneas generales del Derecho romano clásico, pero para el Derecho justinianeo no llega a las mismas conclusiones —v., idem, pgs. 212 a 219—. Para ARCHI, el Derecho justinianeo trata de conciliar los dos regímenes antitéticos del Derecho clásico acogiendo, por un lado, como principio general, aplicable a las ventas al contado la norma de la *mancipatio* y reconociendo, por otro, al vendedor la posibilidad de transmitir el *dominium* con independencia del pago del precio o de la *satisfactio*, en las ventas a plazo. En contra de estas opiniones, v. ROMANO, S., *Nuovi Studio sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, cit., pg. 106; y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, L., «Note intorno a D. 18, 1, 53», cit., pg. 135.

²²⁸Para algunos la regla del *periculum est emptoris* procede del derecho justinianeo y es consecuencia de interpolaciones introducidas por los compiladores bizantinos que trataban de aproximar el sistema romano al helénico. V. DE COSSÍO, A., «Los riesgos en la compraventa civil y mercantil», cit., pgs. 361 y ss, en especial pg. 364. Este autor justifica el contraste entre la regla *res perit emptori* y la propia configuración de la compraventa como contrato consensual de la siguiente manera: «en efecto, el Derecho griego, como el babilónico y el egipcio, ignoraron la compraventa consensual, conociendo solo la manual al contado (solo con la entrega se perfeccionaba el contrato); de ahí que, al transportar, con poco sentido, estos principios al Derecho romano (donde rige la compraventa consensual), se produjese el desplazamiento de los riesgos desde el primer momento, como si entonces se hubiese ya transmitido la propiedad».

Otros autores, en cambio, tratan de hallar la justificación de esta disposición en el desarrollo interno del pensamiento jurídico romano en torno al binomio *emptio perfecta/res perit emptoris*.

Frente a la *emptio contracta*, que existe cuando se da el acuerdo entre las partes sobre los elementos del contrato (art. 1450 CC), la *emptio perfecta* se hallaba a medio camino entre el acuerdo —*emptio contracta*— y la consumación —*emptio consumpta*— y destacaba por su marcado carácter traslativo. En los casos normales *emptio contracta* y *emptio perfecta* solían coincidir y la perfección del contrato daba lugar al nacimiento de la obligación de entrega inmediata, pero, en determinados supuestos —v. gr., compraventas condicionadas, compraventas de cosa genérica, compraventas de cosa futura— se ponía de manifiesto su diferencia, ya que solo existía *emptio perfecta*, esto es, el vendedor solo estaba en situación de cumplir y hacer propietario al comprador, y este, a su vez, en situación de recibir, cuando concurría una determinada circunstancia y la condición se había cumplido o la cosa se había producido, pesado o medido; hasta entonces solo podía hablarse de *emptio contracta*. Ahora bien, los riesgos se transmitían al comprador desde la *emptio perfecta*, esto es, desde el momento en que la compraventa era capaz de desplegar plena eficacia traslativa y originaba determinadas expectativas patrimoniales en el comprador, que a partir de entonces recibía los frutos y ganancias que la cosa era susceptible de producir. V. DE COSSÍO, A., «La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas», *ADC*, 1953, pgs. 597 y ss, en especial, pgs. 606 y 607.

Es muy probable que esa *emptio perfecta* que se viene elaborando ya en el seno de la jurisprudencia clásica y subsiste durante el periodo posclásico, reciba su configuración definitiva en Derecho justinianeo, donde llega a desaparecer la vieja categoría de la *emptio contracta*. Ello hace que en este definitivo periodo del Derecho romano la compraventa adquiera un matiz eminentemente traslativo y no por influencia de otros Derechos de la Antigüedad, como el Derecho griego, sino como manifestación específica de la progresiva espiritualización de la *traditio* clásica. V. ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, cit., pgs. 180 y ss; también, MENÉNDEZ, A., «La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa mercantil», cit., pgs. 227 y ss, en especial, pgs. 242 y 243. A juicio de este autor, la *emptio perfecta* resume las condiciones requeridas para el paso del riesgo, del mismo modo que, en el ámbito estrictamente mercantil, la «puesta a disposición» —distinta de la «entrega»— es el momento principal al que se anudan las consecuencias del paso del riesgo. De esta manera, el Código de Comercio acogería, como el Civil, el sistema romano de transmisión de riesgos, donde los riesgos no se transmiten con la entrega, ya que las cosas perecen para el comprador, no para el dueño.

de riesgos y el sistema de transmisión de la propiedad en la consideración de que la problemática no presenta un carácter real sino contractual²²⁹. Lo importante es determinar si, no obstante el perecimiento de la cosa, subsiste la obligación del comprador, sea o no propietario, de pagar su precio. De forma semejante en cuanto a la protección especial del vendedor al contado, lo que interesa es dilucidar si el vendedor, sea o no propietario, puede recuperar la cosa si no recibe el precio.

En un sistema donde la compraventa se concebía como un contrato consensual que requería la *traditio* para la transmisión de la propiedad, la norma del *periculum est emptoris* puede resultar tan excepcional como la exigencia del pago del precio en las ventas al contado si partimos de dos reglas previas: la de que las cosas perecen para su dueño —*res perit domino*— y la de que por la entrega real y efectiva el vendedor pierde la propiedad de la cosa. Sin embargo, es muy probable que estas reglas, vigentes en Derecho romano clásico, se vieran rodeadas de excepciones desde finales de la época clásica y definitivamente desplazadas en Derecho justiniano, donde se atribuyen los riesgos al comprador junto con los frutos en el momento de la perfección del contrato, y donde se configuran las diversas formas de la *traditio ficta*, una *traditio* espiritualizada que desdibuja los contornos de la obligación de entrega del vendedor.

En nuestra opinión, desde la perspectiva que ofrece el estudio de cuestiones cuya problemática discurre paralela —sin que en ningún momento lleguen a confundirse— es preciso tomar en consideración determinados presupuestos a la hora de enjuiciar la trascendencia en Derecho romano de la exigencia del pago del precio para la transmisión de la propiedad.

En primer lugar, se ha puesto de manifiesto que tras una época clásica que culmina con la configuración de la *mancipatio* y la *in iure cessio* como negocios traslativos formales de carácter abstracto, la extensión de la *traditio* como negocio causal y la atribución a la compraventa de un carácter eminentemente consensual y obligatorio, sobreviene un periodo posclásico en el que, con la desaparición de los grandes maestros, el Derecho romano se vulgariza y puede que sufriera un proceso de involución. Este proceso pudo venir caracterizado por una vuelta a los estadios más primitivos de las ventas al contado y por una relevancia cada vez mayor del requisito del pago del precio para la adquisición de la propiedad por compraventa, que habría relegado la *traditio* a un segundo plano. Frente a ello, Justiniano pretendía restaurar el esplendor clásico, pero no pudo pasar por alto el último periodo de vulgarización y, así,

²²⁹ V. ALONSO PÉREZ, A., *El riesgo en el contrato de compraventa*, cit., pgs. 185 y ss; también, DE COSSÍO, A., «Los riesgos en la compraventa civil y mercantil», cit., pgs. 366 y 367 y «La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas», cit., pg. 600. V., igualmente, LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, Barcelona, 1958, pgs. 93 y 94; y GIRÓN TENA, J., «Comentario a la STS de 7 de junio de 1946», *RDM*, 5, 1946, pgs. 129 y ss. Según el profesor GIRÓN, «el riesgo de la obligación sinalagmática no es el riesgo de la propiedad [...] sino que es el riesgo de la contraprestación»: si el riesgo debe ser soportado por el deudor, pierde su derecho a la contraprestación, si, por el contrario, debe ser soportado por el acreedor, estará obligado a realizar la prestación a su cargo.

si bien acepta como único negocio traslativo la *traditio*, por una parte no está clara la trascendencia del negocio causal respecto de la transmisión y, por otra, concede gran relevancia al requisito del pago del precio²³⁰. No obstante, aunque tales circunstancias influyeran en la configuración de la compraventa, en ningún caso puede admitirse que esta llegara a convertirse en un contrato real-traslativo. Así, la doctrina coincide en mantener en la estructura del Ordenamiento jurídico romano dos elementos esenciales: una neta diferencia entre título y modo de adquirir, y la trascendencia de la *traditio* para adquirir la propiedad.

Ahora bien, en segundo lugar, hay que tener en cuenta que en Derecho justiniano culmina también un proceso de progresiva espiritualización de la *traditio* que desemboca en la *traditio ficta*²³¹. Ese proceso, que desdibuja la *traditio* al prescindir de la entrega real y efectiva, es, a nuestro juicio, el dato más relevante a tener en cuenta en la configuración de la compraventa justiniana. Si bien, el proceso de espiritualización de la *traditio* no conlleva una confusión entre contrato y acto traslativo, ni la absorción del uno por el otro.

En tercer lugar, es preciso destacar que en la obra de los compiladores bizantinos la compraventa ve acentuada su función traslativa hasta el punto de que los autores han llegado a considerar que la compraventa justiniana se coloca a medio camino entre la meramente obligatoria de la jurisprudencia clásica y la traslativa de algunos códigos latinos²³². En el último estadio evolutivo del Derecho romano puede admitirse que la obligación del vendedor es ya claramente la de transmitir la propiedad sustancial²³³. La compraventa tiende a ser un negocio que se orienta sin más a la transmisión de la propiedad, con lo que las expectativas del comprador sobre la cosa se verán vitalizadas concretándose en una auténtica pertenencia patrimonial²³⁴.

²³⁰ V. KASER, M., «Compraventa y transmisión de la propiedad en el derecho romano y en la historia de la dogmática moderna», cit., pgs. 569 y ss, en especial, pgs. 579 a 581.

²³¹ De esa *traditio ficta* elevada a categoría de principio general arranca la norma civilística según la cual la propiedad se transmite por el solo consentimiento. V. IGLESIAS, J., *Derecho romano*, cit., pg. 300. Desde esta perspectiva se ha mantenido que los tres sistemas fundamentales de transmisión de la propiedad vigentes en el mundo europeo, tanto aquellos que ven en la *traditio* un modo de adquirir la propiedad, cuanto los que basan la adquisición del dominio en el consentimiento de las partes, se remontan, de un modo u otro, al Derecho romano. V. KASER, F., «Compraventa y transmisión de la propiedad en el derecho romano y en la historia de la dogmática moderna», cit., pgs. 590 y 591; también, RICCOBONO, S., «Traditio ficta», *Z.S.S. Romanistische Abteilung*, 33, 1912, pgs. 259 y ss.

²³² Parece que también en este punto hay coincidencia entre los autores. V. ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, cit., pg. 189. Este autor se muestra acorde con BETTI en este aspecto, aunque mantienen concepciones diversas en cuanto a la procedencia de la regla *periculum est emptoris*.

²³³ V., por todos, RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, pg. 53.

²³⁴ Para ello resulta decisiva la configuración definitiva de la *emptio perfecta* como una venta realizable, susceptible de inmediata ejecución, desde la cual se imputan al comprador las ventajas y los riesgos. De esta manera, la cosa se ve potenciada hacia el comprador, prácticamente en su patrimonio. V. ALONSO

En cuarto lugar, no podemos prescindir del dato de que en Derecho romano no se llega a elaborar una teoría en torno a la interdependencia de las obligaciones en la contratación bilateral y, en consecuencia, en torno al cumplimiento e incumplimiento de este tipo de contratos; aunque a lo largo de la evolución jurídica romana, se constata la necesidad de protección de las partes en los contratos innominados *do ut des* y, en general, en todos los contratos de buena fe, como la compraventa, y se abre paso la idea de la simultaneidad de las obligaciones originadas en el contrato²³⁵. La propia concepción que de la obligación existía en Derecho romano, por un lado, enmarca de forma singular el carácter consensual del contrato y, por otro, incrementa el temor frente al peligro de una resolución arbitraria del mismo²³⁶. Así, si bien se tratan de introducir medidas correctoras dirigidas a evitar que la prestación de una parte quede sin contrapartida y se produzca a su costa el enriquecimiento definitivo de la contraparte, no se concibe, en cambio, una facultad de resolución por incumplimiento fundada en la naturaleza bilateral del contrato. No obstante, frente a estas deficiencias, el Derecho romano disponía de la vía de la reivindicatoria para recuperar la cosa, una reivindicatoria ilimitada que podía ejercerse frente a todos. Una reivindicatoria que, al mantener vivo el contrato, permitía al comprador cumplir hasta el último momento y evitar la restitución. Sin embargo, también, una reivindicatoria que plantea importantes problemas doctrinales una vez que se ha admitido que la propiedad de la cosa pasaba al comprador por la *traditio venditionis causa*. De ahí la necesidad de los propios textos justinianos de retrotraerse al Derecho antiguo, de recurrir a las XII Tablas, y a la exigencia del pago del precio para adquirir la propiedad. Un sistema que, a primera vista, era propio de economías menos avanzadas, como la griega.

Ahora bien, el Derecho justiniano no adopta realmente un «sistema», sino una disposición concreta para las ventas al contado inspirada en necesidades específicas que, sin duda, se venían planteando en la práctica comercial por la propia expansión económica y jurídica del Imperio.

Por todo ello, no creemos que esos elementos, más propios de un sistema de compraventa traslativa, la exigencia del pago del precio para la transmisión de la propiedad en las ventas al contado y la regla de atribución de los riesgos al comprador,

PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, cit., pg. 190. Ahora bien, este autor no cree que esa *emptio perfecta*, que coloca la cosa a medio camino entre el patrimonio del vendedor y del comprador, justifique el nacimiento a favor del comprador de un *ius ad rem*, una vocación a la efectiva titularidad real, v., ídem, pg. 199.

²³⁵ Por otro lado, ello concuerda con un sistema de riesgos en el que la pérdida de la cosa extingue la obligación del vendedor, pero no la del comprador, como si las obligaciones derivadas del contrato estuviesen desconectadas. Desde esta perspectiva, la subsistencia del principio *res perit emptori*, propio del sistema romano, frente al principio *res perit domino*, propio del sistema germánico, ha conducido a los autores a entender que, mientras en el primer sistema la fuerza del nexo de reciprocidad no alcanza al riesgo, en el segundo la conexión se mantiene en todo su vigor, en la medida en que la extinción de una obligación —la de dar la cosa— se extiende a la otra —la de pagar el precio—. V. MENÉNDEZ, A., «Transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa mercantil», cit., pg. 238.

²³⁶ V. STANISLAS, G., *Le droit de resolution dans le contrat de vente*, cit., pgs. 5 y 6.

reflejen un proceso de involución. De ser así, todos los institutos jurídicos que, como hemos visto, se encuentran en la base de su existencia, desde la configuración de la *emptio perfecta* hasta la concepción de la *traditio ficta*, se deberían igualmente a un proceso de decadencia, originado en la influencia de otros Derechos menos «avanzados», como el Derecho griego, y hablar de decadencia jurídica frente a una economía en auge y un derecho en expansión nos parece contradictorio.

4.1.3. Una propuesta interpretativa: la tutela del vendedor al contado insatisfecho

Partiendo de las anteriores consideraciones creemos poder afirmar que la norma que exige en las ventas al contado el pago del precio para la transmisión de la propiedad no refleja un «proceso de involución» que afectaría a todo el Ordenamiento jurídico romano, sino que se dirige a dar respuesta a las necesidades de tutela del vendedor²³⁷ y, por tanto, se enmarca dentro de un conjunto de disposiciones que pretenden dar solución a los problemas que se originan por la expansión económica y jurídica que tuvo su culminación en Derecho justiniano²³⁸.

Es muy probable que en las ventas a plazo o con término el vendedor se garantizase —v. gr., cláusula de reserva de dominio— o acudiese a la fórmula de la *lex commissoria*, que le permitía resolver el contrato cuando el comprador no pagaba el precio en el plazo señalado. En cambio, en las ventas al contado o sin término, el vendedor que entregaba la cosa sin recibir el precio, y que había contratado sin valerse de garantías adicionales porque contaba con un cumplimiento simultáneo, corría el riesgo de perder la cosa y el precio.

Con la exigencia del pago del precio para las ventas al contado, el Derecho justiniano no se dirige a establecer una norma sobre la transmisión de la propiedad, sino que trata de dar solución a un problema contractual en torno al cumplimiento del contrato. El contenido de la obligación del vendedor, que en Derecho justiniano se define en función de la compraventa traslativa —*emptio perfecta*— en base a la transmisión de la propiedad, coloca en primer plano las expectativas del comprador, especialmente en las ventas al contado, y aun en aquellos casos en los que, concurriendo alguna de las formas de *traditio ficta*, la entrega por parte del vendedor es un elemento apenas perceptible en la ejecución. Frente a ello, se hace preciso entender que el vendedor no está dispuesto a cumplir —no solo a *tradere*, sino a *dare*— si no recibe el

²³⁷ La exigencia del pago del precio en las ventas al contado permite una protección especial del vendedor al contado mediante la *reivindicatio*, el *favor creditoris* se impone frente a *favor debitoris*. Del mismo modo que la regla del *periculum est emptoris* favorece al vendedor en la medida en que el comprador deberá pagar el precio aunque la cosa hubiera perecido y, en consecuencia, no pudiera recibirla.

²³⁸ Así, algunas de esas soluciones jurídicas podían venir sugeridas desde la práctica por influencia de otros derechos extranjeros, cuyas normas permanecieron «latentes» en muchos de los pueblos y ciudades sometidas a Roma.

precio o una garantía suficiente, salvo que las partes acuerden otra cosa, esto es, que la compraventa sea a plazo²³⁹.

Las partes no pueden acordar cuándo se entiende transmitida la propiedad, pero sí pueden decidir el cumplimiento de sus respectivas obligaciones. Si partimos de la idea de que la obligación asumida por el vendedor comprende la vocación de hacer propietario al comprador, la buena fe nos conduce a entender que el vendedor que contrata al contado no está dispuesto a cumplir con su obligación si no recibe el precio o una garantía suficiente. Desde esta perspectiva, su cumplimiento se «condiciona» a la concurrencia de dos requisitos: o precio, o garantía; y la mera entrega de la cosa no llega a transmitir la propiedad porque no supone cumplimiento por parte del vendedor. Así, en este tipo de ventas no se transmite la propiedad al comprador hasta que este pague o garantice el pago. Es preciso que se den las «condiciones» necesarias para cumplir —*emptio perfecta*— con el pago de precio para que se produzca el efecto transmisivo. Frente a ello, las partes pueden haber pactado otras directrices para el cumplimiento, pueden haber contratado a plazo. En este caso, el vendedor está dispuesto a cumplir aunque no reciba el precio, si bien el comprador no queda libre de su obligación de pagar el precio y el vendedor podrá exigírselo. Contratando a plazo, la propiedad se transmite al comprador desde que el vendedor cumple con su obligación de entrega²⁴⁰. De ahí que, como se ha dicho, «la determinación de un plazo para que el comprador cumpla su obligación fundamental no repercute sobre la obligación recíproca del vendedor de entregar la cosa, sino sobre el efecto transmisivo de la tradición»²⁴¹.

Hay que rechazar, como ocurre en materia de riesgos, las vinculaciones entre este sistema de tutela del interés del vendedor en las ventas al contado que se ejerce a través de la *reivindicatio* y el sistema de transmisión de la propiedad, porque, se insiste, lo importante no es que el comprador sea o no propietario, sino que el vendedor pueda reclamar la cosa y restablecer la situación de hecho anterior a la entrega²⁴². Para ello

²³⁹ Tal vez, si el vendedor hubiera tenido la posibilidad de acudir al derecho de resolución, habría sido suficiente con presumir esta voluntad en el vendedor al contado al contratar la venta —no está dispuesto a transmitir la propiedad si no recibe el precio—, ya que a través de la facultad resolutoria el vendedor podría recuperar la cosa en caso de incumplimiento de la otra parte. Sin embargo, la ausencia de este remedio contractual conduce a la posibilidad de la reivindicatoria, si bien para ello es necesario, a su vez, mantener propietario al vendedor aun después de la entrega.

²⁴⁰ V., sobre el alcance de la expresión *fidem emptoris sequi*, BORRACHERO, M., «Algunos problemas de la compraventa con precio aplazado», cit., pgs. 944 y 945. De lo expuesto por este autor se deduce que en las compraventas a plazo, cuando el vendedor entrega la cosa al comprador hay «intención de transmitir», una intención de transmitir que deriva precisamente de la *fidem sequi*, es decir, de la concesión de confianza al comprador en la que consiste el señalamiento de un plazo para el pago del precio. En consecuencia, en las ventas al contado, puesto que no concurre esa concesión de confianza, solo habría «intención de transmitir» en el vendedor si el comprador paga el precio.

²⁴¹ V. BORRACHERO, M., «Algunos problemas de la compraventa con precio aplazado», cit., pg. 945.

²⁴² V. RODRIGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*, cit., pg. 157. También, LANDFERMANN, H. G., «Auf den Spuren des Verfolgungsrechts. Par. 44 Konkursordnung in historischer un rechtsvergleichender Sicht», *Rabel's Z*, 34, 1970, pg. 536.

solo son posibles dos vías: la de una acción especial, una *vindicatio utilis*, que permita al no propietario reclamar frente al propietario actual y recuperar propiedad y posesión; o bien, la de la *reivindicatio* general, para la cual es preciso que el vendedor no haya perdido la condición de propietario. Abrir la tutela de la *reivindicatio* al vendedor al contado exige mantenerlo propietario hasta el pago del precio. Así, un problema de naturaleza contractual obtiene una solución real, a través de una acción eficaz frente a cualquier tercero, y se ve reconducido al ámbito de los derechos reales. De ello se derivan dos consecuencias: la primera es que el vendedor al contado gozará de una protección desproporcionada respecto del resto de acreedores del comprador que pueden hallarse en una situación semejante, como el vendedor a plazo; la segunda alude al problema dogmático que se origina a la hora de definir la naturaleza jurídica de este sistema de protección del vendedor al contado insatisfecho a lo largo de toda su historia jurídica, y tanto en los sistemas de compraventa consensual u obligatoria, como en los sistemas de compraventa traslativa o real.

En el concurso con otros acreedores del mismo deudor, la posición del vendedor depende no solo de la situación en que se halle el contrato, sino también del carácter de la venta: si el contrato se encuentra pendiente de ejecución por ambas partes contratantes, la posición de garantía de los contratantes, en principio idéntica, solo vendrá modificada por las disposiciones normativas. En cambio, si el vendedor cumplió con su obligación de entrega, su posición de garantía depende de si la compraventa se pactó al contado o a plazo²⁴³.

En el periodo clásico, es probable que dentro del procedimiento de *bonorum venditio*, si el contrato se encontraba pendiente de ejecución por ambas partes, el vendedor podía acudir a la *exceptio doli* si se veía requerido para cumplir, pues sería contrario a la buena fe reclamar a una persona un crédito cuando el que reclama no ofrece, al menos, el propio cumplimiento²⁴⁴. Al mismo tiempo, el *bonorum emptor*, sucesor a título universal del deudor, solo puede obrar *cum deductione*, esto es, en función de una regla de liquidación que se aplica tanto a los créditos al contado como a los créditos a término o a plazo, y de la cual podía derivarse la extinción de las relaciones recíprocas pendientes de ejecución por ambas partes²⁴⁵. Sin embargo, cuando

²⁴³ Sin que aparezca con claridad la vigencia en el Derecho romano del principio del vencimiento anticipado. V. TOMILLO URBINA, J. L., *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, Madrid, 1996, pgs. 23 y ss.

²⁴⁴ V. THALLER, E., *Des faillites en droit comparé*, París, 1887, pg. 38.

²⁴⁵ V. SOLAZZI, S., *Il concurso dei creditori nel Diritto romano*, Nápoles, 1937-1938-1940, pgs. 146 y ss; también, THALLER, E., *Des faillites en droit comparé*, cit., pg. 39. V., especialmente, PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano Clásico*, Madrid, 2000, pgs. 296 y ss.

URÍA se refiere a «este agere cum deductione, o si se quiere la compensatio, del bonorum emptor en la quiebra romana como la facultad que tenía el reclamado in iure de oponer su crédito contra el insolvente en la reclamación que de los créditos de este le hacía el bonorum emptor, siendo en el fondo una aplicación del derecho de retención», v. «Reaseguro, quiebra y compensación», *RDM*, 1950, pgs. 371 y ss., en especial, pg. 407.

se ha producido la entrega por parte del vendedor, la situación de este respecto de los demás acreedores del deudor depende, además, de lo pactado por las partes en torno al cumplimiento del contrato. Solo si la compraventa se pactó al contado, podrá el vendedor recuperar la cosa si no recibe el precio mediante la reivindicatoria. Esta facultad de reivindicación, ya bajo la vigencia de la *distractio bonorum*, se ejercía contra el *curator bonorum* antes de la venta y contra el adquirente después²⁴⁶. La posibilidad de reclamar la cosa entregada al comprador depende de que el vendedor tuviera la intención de transmitir porque confiara en el comprador y le diera «crédito» (*in creditum abiiit*) o no tuviera esa intención y «condicionara» la transmisión de la propiedad al pago del precio, acordando la compraventa al contado²⁴⁷.

En definitiva, parece que solo será posible entender el verdadero alcance de la exigencia del pago del precio para la transmisión de la propiedad, desde los parámetros que rigen en derecho justinianeo en torno a la peculiar configuración de la *emptio venditio*²⁴⁸ y el proceso de espiritualización de la *traditio*, el cual no va acompañado de una clara determinación de las consecuencias jurídicas de la *traditio* como cumplimiento de la obligación de entrega. De la concurrencia de estos elementos con las exigencias de la práctica derivó la necesidad de tutela del vendedor, especialmente cuando la compraventa es al contado.

Al mismo tiempo, solo en la influencia del Derecho romano es posible hallar una explicación a la subsistencia de esa protección especial para el vendedor al contado de bienes muebles insatisfecho tanto en aquellos sistemas de transmisión consensual de la propiedad, cuanto en los de transmisión mediante *traditio*. Si bien, este mecanismo de protección parece estar más justificado en los primeros, ya que el riesgo de perder la cosa y el precio es mayor en un sistema donde la propiedad de la cosa se entiende

²⁴⁶ V. ROCCO, A., *Il fallimento. Teoría generale e origine storica*, Turín, 1917, pg. 164.

²⁴⁷ BORRACHERO, —v. «Algunos problemas de la compraventa con precio aplazado», cit., pgs. 949 y 950—alude a un caso, citado a su vez por APPLETON, y que se atribuye a ULPIANO. En aquel supuesto, un *tradens* —comerciante al por mayor— entrega mercancías a un *accipiens* —un esclavo que hacía el comercio con su propio peculio—. Este último debía pagar la estimación o devolver las mercancías, pero quiebra, y, puesto que se trataba de un esclavo, su dueño se ve obligado por la *actio tributaria* a realizar los valores del peculio y distribuir su importe a los acreedores del esclavo, a prorrata de sus créditos. En tanto que la masa de acreedores tiene interés en que las mercancías no puedan ser reivindicadas por el *tradens* y entren a formar parte del activo de la quiebra. El *tradens*, por el contrario, tiene interés en recuperar las mercancías. Ulpiano resuelve que el *tradens* puede reivindicar, salvo que *in creditum abiiit*, en cuyo caso será tratado como un simple acreedor. En definitiva, el *tradens*, al entregar las mercancías, obró sin intención de transmitir, es decir, conservando su cualidad de propietario, de modo que sigue siendo dueño de la mercancía y puede reclamarla mediante la reivindicatoria. Del mismo modo se reconocía a un depositante la posibilidad de reivindicación en los depósitos bancarios y en cuanto el dinero subsistiera en poder del depositario, v., al respecto, SOLAZZI, S., *Il concorso dei creditori nel Diritto romano*, cit., pgs. 110 y ss.

²⁴⁸ Donde la obligación del vendedor se considera dirigida a transmitir la propiedad sustancial. V., en este sentido, RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, cit., pg. 55, el cual entiende que se trata de una «posición deudora compleja, perfilada por la buena fe objetiva».

transmitida al comprador por el mero acuerdo de las partes, sin necesidad de que concurra entrega²⁴⁹.

Fuera de aquellos parámetros que ofrecía el Derecho romano, la norma, deudora de un tiempo y de un Derecho, carece de sentido. Con la evolución de los distintos Ordenamientos jurídicos hacia sistemas de compraventa esencialmente obligatoria o transmisiva, donde se rechaza la exigencia del pago del precio para la transmisión de la propiedad en cualquier clase de venta, desaparecidos los presupuestos que permitían la tutela del vendedor insatisfecho a través de la reivindicatoria y vigentes otras posibles formas de tutela —v. gr., acción de resolución por incumplimiento—, la norma pierde su funcionalidad en el ámbito del Derecho privado. No solo se enfrenta con los diferentes sistemas de transmisión de la propiedad, sino también con el principio que impone la igualdad de trato de los acreedores en los procedimientos concursales —*par condicio creditorum*—.

4.2. El Derecho intermedio (del siglo XII a la codificación)

4.2.1. La «reivindicatoria especial» en Italia y Francia

En el Derecho común italiano, bajo el influjo del Derecho romano, se recoge la posibilidad de que el vendedor recupere las mercancías en poder del comprador y quede de esta forma libre del concurso con el resto de acreedores²⁵⁰. Ahora bien, no se distingue entre las ventas al contado y a plazo, lo que pondría de manifiesto la intención de extender la protección de que gozaba el vendedor al contado al vendedor a plazo, derivada del predominio cada vez mayor de este tipo de contratación²⁵¹, con lo que se revela que la justificación última de las medidas de protección del vendedor insatisfecho no puede hallarse en un determinado sistema de transmisión de la propiedad, sino en las

²⁴⁹ V. RECALDE, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, cit., pg. 188, n. 283. El razonamiento se reproduce respecto del *stoppage in transitu* del derecho inglés, v., idem, pg. 183. También, RODRÍGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*, cit., pg. 174. Ello pone de manifiesto la proximidad existente entre ambos medios —reivindicatoria especial del vendedor al contado y *stoppage in transitu*— y, por ende, entre la *civil law* y la *common law*, en cuanto a los mecanismos de protección del vendedor de bienes muebles insatisfecho, v., al respecto SACHSE, H. R., «Purchase money security interests in the common law and the French civil law system», en Ziegel y Foster (dirs.): *Aspects of comparative commercial law: sales, consumer crédito and secured transactions*, Institute of Foreign and Comparative Law, Montreal, 1969, pg. 431.

²⁵⁰ V. BONELLI, G., —*Del fallimento (Commentario al Codice di Commercio)*, vol. II, cit., pg. 565, n. 1—, pone de manifiesto que para algunos autores esta posibilidad se fundaba en que era necesario presumir el fraude en la situación de insolvencia del deudor, por lo que decaía el crédito de que gozaba el *decoctioni proximus* con todas sus consecuencias. Así, el dolo en el deudor anulaba los efectos traslativos del contrato y el vendedor podía reivindicar en cuanto propietario frente a todos. Otros, en cambio, presumen la existencia en el contrato de compraventa de un pacto tácito de reserva de dominio. V., sobre estas interpretaciones, BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, cit., pgs. 13 a 15.

²⁵¹ A ello parece referirse GOLDSCHMIDT, en su *Storia universale del Diritto commerciale*, Pouchoin Scialoja (trads.), Turín, 1913, pg. 235.

disposiciones en torno al cumplimiento de las obligaciones en el contrato de compraventa.

En la legislación estatutaria italiana de la baja Edad Media, donde tuvo su origen la quiebra como institución propia de comerciantes, son limitados los casos en los cuales se concede a terceros —propietarios— la posibilidad de reclamar bienes en poder del quebrado²⁵². No obstante, los Estatutos italianos admiten la reivindicación a favor del propietario que entregó las mercancías al quebrado a título de depósito o custodia²⁵³,

²⁵² Ello se debe a que en este periodo la institución va especialmente dirigida a tutelar de forma incondicional los intereses de los acreedores del deudor. De ese fundamento derivan dos consecuencias: la de que todos los bienes en poder del quebrado están sujetos a ejecución y la de que en algunos estatutos no se admiten causas de prelación entre los acreedores que pongan en peligro la igualdad de trato. Así, SANTARELLI, U., —v. *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padua, 1964, pgs. 193 a 195 y 237 a 267— afirma, por un lado, que se establece el principio según el cual todos los bienes en poder del quebrado al momento de la quiebra se presumen de su propiedad y, por tanto, están sujetos a ejecución; y, por otro, que se impone con carácter general el principio de la *solutio per soldum et libram*, una estricta regla de proporcionalidad que caracteriza de manera especial la quiebra italiana y aporta una nueva visión sustancial de la tutela del crédito, v., al respecto, GARRIDO, J. M., *Preferenza e proporcionalita nella tutela del credito*, Bolonia, 1998, pgs. 14 y ss. Como pone de manifiesto GARRIDO, frente al principio de jerarquía propio del Derecho romano y del Derecho común, que se expresaba en un orden de prelación de acreedores, el derecho estatutario italiano se caracteriza por el criterio fundamental de la proporcionalidad en el reparto del activo del deudor, que trata de dar respuesta a la necesidad de distribuir eficazmente el daño que se genera con la quiebra del comerciante. Este autor considera un factor económico determinante para el nacimiento del principio de proporcionalidad en el Derecho estatutario italiano, el hecho de que el comercio representara una actividad vital para las ciudades italianas del medievo, lo que convierte la quiebra en un evento traumático que ponía en peligro la existencia misma de todo el sistema ciudadano. De modo que, al repartir las pérdidas de la quiebra entre el mayor número posible de sujetos, evitando que todo el peso de la crisis recaiga sobre un pequeño grupo de acreedores, el sistema trataba de asegurar su propia supervivencia. Se daba así una respuesta mutualista al problema de las pérdidas en el comercio, v., ídem, pg. 285.

Por otra parte, nos parece importante señalar el estudio que hace este autor de las relaciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de paridad de trato o *par condicio creditorum*. Frente a la doctrina tradicional que ha venido identificando de forma prácticamente unánime y absoluta ambos principios, el profesor GARRIDO considera que es importante establecer una clara distinción entre ambos. En el Derecho estatutario italiano la proporcionalidad constituye una norma que se expresa a través del aforismo *solutio per soldum et libram* y se dirige al pago a los acreedores según la regla del prorrateo, en tanto que la *par condicio* surge con posterioridad y conectada al principio de igualdad, y se configura como un principio general, abstracto e incapaz de regular la realidad. No se puede reconducir la regla de la proporcionalidad a la igualdad de trato entre los acreedores en la medida en que aquella respondía a una necesidad práctica y económica: repartir el daño entre una pluralidad de sujetos para evitar un posible efecto dominó en la crisis que hubiera ocasionado un grave perjuicio a la débil economía medieval. De ahí que esta regla tuviera un claro valor normativo y no ético ni filosófico, v., ídem, pgs. 285 y ss.

²⁵³ En Venecia, en principio, no parece aceptarse la posibilidad de que el acreedor recupere las mercancías en poder del quebrado, si bien, posteriormente, se admite un derecho de reivindicación a favor del propietario de bienes en depósito o custodia. Las condiciones requeridas para el ejercicio de este derecho eran tres: que el deudor fuera «fugitivo», que las mercancías se encontraran en poder del quebrado (ya sea por entrega material o simbólica) y que se probase la propiedad del reivindicante. Por medio de esta acción podían reclamarse las mercancías, pero no el dinero. De modo que, en caso de que se hubiera dado dinero al quebrado en calidad de depósito o custodia, el propietario disponía de un crédito frente a la masa. V. LATTES, A., *Il fallimento nel diritto comune e nella legislazione bancaria della repubblica di Venezia*, Venecia, 1880, pgs. 39 y 40. También, CASSANDRO, G., «La rappsaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XVI», en *Documenti e Studi per la Storia del Commercio e del Diritto*

y, en general, suele recogerse la posibilidad de que el propietario reivindique cualquier efecto existente en el patrimonio del deudor por razón tanto de depósito, como de venta o de comodato²⁵⁴. En concreto, la legislación de Siena reconocía la reivindicación del vendedor de bienes muebles insatisfecho en caso de quiebra del comprador a condición de que la mercancía se encontrara todavía en el patrimonio sujeto a liquidación²⁵⁵. Por otra parte, entre los privilegios que establecen muchos Estatutos a favor de determinadas categorías de acreedores en consideración a la particular causa de su crédito, se encuentra el de aquellos que hubiesen entregado al quebrado mercancías *ad credentiam*, los cuales podían cobrar sobre esas mercancías con prioridad a cualquier otro acreedor y en cuanto las mismas se encuentren todavía en el patrimonio del quebrado —*quae exstarent*—²⁵⁶.

En Derecho francés también se manifiesta la influencia del Derecho romano, pues se mantiene la diferencia de trato entre el vendedor al contado y el vendedor a

commerciale italiano, Turín, 1983, pg. 193; y SANTARELLI, U., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., pg. 193, n. 3.

²⁵⁴Con respecto a Bolonia, LATTES —v. *Il fallimento nel diritto comune e nella legislazione bancaria della repubblica di Venezia*, cit., pg. 40, n. 68— expone que el propietario podía reivindicar las cosas en poder del quebrado probando su propiedad y ofreciendo garantías a los acreedores para el supuesto de que sus pretensiones resultaran infundadas. En Ferrara, en cambio, se negaba implícitamente el derecho de reivindicación, ya que solo se admitía a favor del acreedor por mercancías determinadas en poder del quebrado un derecho de prelación. Aquellos acreedores que podía reivindicar los bienes en poder del quebrado en base a su derecho de propiedad tenían el carácter de privilegiados, v. MILONE, F., *Il concorso o fallimento. Studio di legislazione comparata*, Archivio Giuridico, vol. XVI, 1876, pg. 185.

²⁵⁵V. *Constitutum* de 1262, II, 77; y de 1310, II, 99, en ARCANGELI, A., «Gli istituti del Diritto commerciale nel costituito senese del 1310», *Riv. Dir. Comm.*, vol. IV, 1906, pgs. 243 a 255 y 331 y ss., en especial, pg. 367.

²⁵⁶Esto se recoge, según SANTARELLI, —v. *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., pg. 252— en el estatuto mercantil de Bérgamo de 1457. En opinión del autor, con ello se trata de favorecer al acreedor que prestó su ayuda al comerciante en los momentos de dificultades que preceden a la quiebra. A su juicio, las normas semejantes que se pueden encontrar en este periodo no se dirigen contra la *par condicio creditorum*, sino que van destinadas a disminuir los riesgos que lleva aparejados el dar crédito a un comerciante —v., ídem, pgs. 254 y 255—. En nuestra opinión, hay una consideración a tener en cuenta que escapa a los razonamientos de SANTARELLI y que se encuentra en la base del fundamento de este privilegio del vendedor *ad credentiam*: la necesidad de mejorar su condición frente al vendedor al contado. Una necesidad que se manifestaba especialmente en la práctica mercantil, campo de actuación del crédito y de la contratación a plazos.

También en Ferrara, el Estatuto, que no reconocía el derecho de reivindicación, establece a favor del acreedor de determinadas mercancías en poder del quebrado un derecho de prelación sobre las mismas, v. LATTES, A., *Il fallimento nel diritto comune e nella legislazione bancaria della repubblica di Venezia*, cit., pg. 40, n. 68. Ahora bien, hemos de tener en cuenta la caracterización que SANTARELLI hace del Estatuto de Ferrara, donde se ve alterada la configuración que de la quiebra se había venido generalizando para la mayoría de Estatutos, en la medida en que el criterio de la prelación precede al criterio del concurso *pro rata* —v. *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., pg. 258—.

En cuanto a la relación entre los principios de preferencia y proporcionalidad, v., por todos, GARRIDO, J. M., *PREFERENZA E PROPORZIONALITÀ NELLA TUTELA DEL CREDITO*, cit., en especial, pgs. 42 y ss. Frente a ello, hemos de tener en cuenta que el propietario reivindicante queda fuera de cualquier sistema de prelación o de preferencia y no se sujeta al principio de proporcionalidad.

plazo, cuya situación empeora una vez que la tradición efectiva es sustituida por formas de tradición simbólica²⁵⁷.

En principio, el Derecho francés reconoce al vendedor al contado insatisfecho la posibilidad de reclamar las mercancías en el concurso, si bien, como ocurría en Italia y a diferencia del Derecho romano, se plantea la necesidad de proteger al desfavorecido vendedor a plazo²⁵⁸. Se abre paso así la idea del «privilegio por el precio» —el privilegio del vendedor *ad credentiam*—. En la práctica había llegado a entenderse que si la reclamación del vendedor a plazo no podía estar basada en la propiedad, habrían de considerarse los bienes muebles vendidos como «especialmente hipotecados» a favor del vendedor por el pago del precio, de manera que el vendedor pudiera cobrarse sobre la cosa en poder del deudor quebrado con preferencia a cualquier otro acreedor²⁵⁹.

La *Coutume* de París —redacción de 1580— establece dos normas que, para la doctrina tradicional mayoritaria, suponían el reconocimiento expreso de la «reivindicatoria especial» a favor del vendedor de bienes muebles al contado y de un «privilegio especial sobre el precio de la mercancía» a favor del vendedor a plazo. En el primer caso, se atribuye al vendedor un derecho a «poursuivre (sa chose), en quelque lien qu'elle soit transportée»; en tanto que, en el segundo caso, se le atribuye un derecho a «empêcher la vente, et être préféré sur la chose aux autres créanciers»²⁶⁰. Frente a ello,

²⁵⁷ Como hemos visto, el proceso de progresiva espiritualización de la *traditio* se inicia en el Derecho romano, v. RECALDE, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, cit., pg. 94. Según MANRESA Y NAVARRO —v. *Comentario al Código Civil español*, t. V., Madrid, 1932, pg. 13— «tratándose de cosas materiales, los romanos exigían la tradición o entrega material, suponiendo que el que tiene las cosas en su poder y las entrega a otro, tiene sobre ellas el derecho que intenta transmitir. Pero como en realidad no todas las cosas pueden entregarse, y menos aún los derechos, fue preciso inventar fórmulas equivalentes y de aquí la tradición fingida, en sus especies de simbólica, longa manu, brevi manu y constitutum possessorium, la tradición por ministerio de la ley y la cuasitradición».

²⁵⁸ Con el auge del comercio se produce el predominio de la contratación a crédito y el «riesgo» y la «confianza» se convierten en potenciales elementos del tráfico mercantil. Ello se traduce, por un lado, en un mayor rigor en el cumplimiento de las obligaciones —en ese proceso se fragua en los Estatutos italianos el procedimiento de quiebra durante los siglos XII y XIII— y, por otro, en la necesidad de proteger la «confianza» para favorecer la contratación. En este sentido, el vendedor que *fidem emptoris sequi*, lejos de sufrir las consecuencias de una actuación «imprudente» que le llevó a «confiar» en su comprador, habrá de ser protegido —v. gr., mediante cláusulas contractuales de reserva de la propiedad de la cosa vendida hasta el pago total del precio—. Así, se pone de manifiesto la necesidad de extender la protección de la que gozaba el vendedor al contado al vendedor a plazo. A ello parece referirse DUPOUY cuando afirma: «le vendeur à terme pouvait donc revendiquer sa marchandise quand le terme était échu sans qu'il ait été payé, Pourbus qu'elle soit encore entre les mains de l'acquéreur. La faillite ou banqueroute du débiteur rendan toutes dettes échues de plein droit, le vendeur à terme pouvait donc retirer la marchandise en nature lorsqu'elle était encore en posesión de l'acheteur», v. *Le droit des faillites en France avant le Code de Commerce*, París, 1960, pg. 125.

Sobre la vigencia del principio del vencimiento anticipado en la *déconfiture* y en la *faillite*, v. TOMILLO URBINA, J. L., *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, cit., pgs. 35 a 37.

²⁵⁹ V. SUPINO, D., *La rivendicazione nel fallimento*, cit., pg. 25.

²⁶⁰ Art. 176: «Qui vend aucune chose mobilière sans jour et sans terme, espérant être payé promptement il peut sa chose poursuivre, en quelque lieu qu'elle soit transportée, pour être payé de prix qu'il l'a vendue». Art. 177: «Et neanmoins encore qu'il eût donné terme, si la chose se trouve saisie sur le debiteur par autres créanciers, il peut empêcher la vente, et être préféré sur la chose aux autres créanciers».

la regulación de la quiebra contenida en la *Ordonnance du Commerce* de 1673, cuya influencia se extenderá a otros cuerpos de ordenanzas europeos, no contiene referencia alguna a la «reivindicatoria especial» del vendedor. Aunque, si el vendedor mantiene las prerrogativas que le reconoce el Derecho común, habría de admitirse la posibilidad de hacer valer esta reivindicatoria bajo la Ordenanza²⁶¹.

4.2.2. Los límites de la «reivindicatoria»: doctrina tradicional y teoría «garantista». La protección del tercero adquirente de buena fe

Conforme a la tradición histórica, el vendedor al contado mantiene un vínculo de carácter real sobre la cosa hasta el pago total del precio. Para el Derecho romano ese vínculo derivaba, según vimos, de la propiedad del bien subsistente en el vendedor. Sin embargo, para el Derecho francés, desde el momento en el que la propiedad se entiende transferida al comprador por el consentimiento de las partes, aquella justificación no podía mantenerse, porque el vendedor que reclamaba la cosa había dejado de ser propietario. Se acoge entonces la idea del «privilegio especial sobre el bien», expresión que había surgido en la práctica en un intento de extender al vendedor a plazo la protección de que gozaba el vendedor al contado²⁶². Para la doctrina tradicional,

Sobre la interpretación de estos preceptos v. DUPOUY, D., *Le droit des faillites en France avant le Code de Commerce*, cit., pgs. 125 a 136; también, BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, cit., pgs. 9 a 12. Para estos autores, el vendedor al contado podía perseguir los bienes allá donde se encuentren y recuperarlos con la sola exigencia de su identificación. La norma se consideraba producto de la razón histórica —encuentra sus raíces en el Derecho romano y la Ley de las XII Tablas— y de las reglas de la equidad natural —todo propietario tiene derecho a perseguir los bienes de su propiedad—.

Por su parte, el vendedor a plazo disponía de un privilegio sobre el precio de la mercancía, un derecho de preferencia oponible frente a los demás acreedores del deudor, pero no frente a terceros, v., especialmente, BONNICHON, E., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pgs. 197 y 198.

Parece, pues, que el privilegio especial del vendedor sobre el precio encuentra su origen en el Derecho consuetudinario francés —v. GARRIDO, J. M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, cit., pg. 143, n. 165—. Si bien, inicialmente solo se preveía para el vendedor a plazos cuya posición era más débil.

²⁶¹ V. BEDARRIDE, J., *Traité des faillites et banqueroutes ou commentaire de la Loi du 28 de mai de 1838*, vol. II, París, 1844, pg. 418.; LOCRÉ, J. G., *Esprit du Code de Commerce*, t. VII, París, 1812, pgs. 360 y 361; ZIINO, M., *La rivendicazione nel fallimento*, cit., pgs. 6 y 7; y BONNICHON, E., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pgs. 203 y 204.

Es probable que ya los redactores de las Ordenanzas francesas fueran conscientes de las dificultades que emanaban de esa «reivindicatoria especial» del vendedor, sobre todo para el tráfico mercantil, v., BEDARRIDE, J., *Libre deuxième du commerce maritime*, París-Aix, 1894, pgs. 130 y ss.

²⁶² Dice SUPINO al respecto —v. *La rivendicazione nel fallimento*, cit., pg. 25—: «Anzi questa idea del privilegio, che da qualche autore si volle fondata sul Diritto romano e precisamente sulle leggi 1. Dig. De Pignor. Act. e 34 De rebus auct., acquistò nella pratica tale influenza da far quasi dimenticare il diritto alla rivendicazione per sostituirvi un privilegio sul prezzo, che il venditore poteva far valere, soltanto contro il compratore quando la proprietà della cosa gli era stata trasferita [en caso de ventas a plazo], e contro tutti negli altri casi [de ventas al contado]».

Las dificultades de explicación dogmática de estos mecanismos protectores justifican la confusión que se aprecia en torno al derecho de *coutumes*. Así, unos autores sitúan en el citado artículo 176 de la *Coutume* de París el origen de la reivindicación especial del vendedor —v. PLANIOL, M., y RIPERT, G., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, París, 1932, pg. 567—, en tanto que otros consideran el mismo precepto

conforme a los preceptos de la *Coutume* parisina, el vendedor al contado reclama en cuanto propietario, y el vendedor a plazo, que con arreglo al derecho romano no podía mantenerse propietario, se vería protegido en función de un privilegio especial sobre el precio. Frente a ello, la doctrina «garantista» considera que en estos preceptos no tiene acogida la reivindicación especial del vendedor al contado, en la medida en que la reclamación del vendedor no puede fundarse en la propiedad. De modo que el artículo 176 de la *Coutume* reconocería a favor del vendedor al contado un «privilegio especial hipotecario», un vínculo real sobre la cosa, distinto del derecho de propiedad. Una especie de hipoteca tácita sobre los bienes que le confiere un *droit de suite* para perseguir la cosa como suya y cobrarse sobre la misma allá donde esta se encuentre²⁶³. En cuanto a las ventas a plazo, ambas concepciones, tanto la tradicional como la garantista, coinciden en entender que el artículo 177 de la *Coutume* reconocía a favor de este vendedor un derecho de preferencia por el precio eficaz frente al resto de acreedores del deudor.

En este punto conviene recordar que, si bien la garantía y la propiedad confieren un derecho real que se verá satisfecho enteramente en la quiebra, ya que en ambos supuestos el titular dispone de un «poder» sobre la cosa que impide incluirla en el patrimonio sujeto a ejecución concursal, mientras que el derecho de propiedad confiere un estricto derecho de separación, el derecho de garantía atribuye un derecho de ejecución separada. Junto a ello habrá que tener en cuenta que los autores utilizan en muchas ocasiones el término «privilegio» en su acepción más genérica, que incluye tanto la garantía propiamente dicha, cuanto el estricto privilegio²⁶⁴.

origen del privilegio especial hipotecario —v. GUILLOUARD, L., *Traité des privilèges et hypothèques*, cit., pgs. 451 y ss.

²⁶³ Para GUILLOUARD —v., *Traité des privilèges et hypothèques*, vol. I, cit., pgs. 452 y 453— «la loi romaine le garantissait [al vendedor al contado] en le réputant propriétaire de cet objet jusqu'au paiement du prix, le droit coutumier et notre droit actuel en présumant que, s'il a consenti à cesser d'être propriétaire, il a au moins voulu réserver un droit réel sur la chose aliénée». Según este autor, «pour la vente sans terme, cette solution [la de la hypothèque privilégiée] fut facilement adoptée, puisqu'elle donnait au vendeur un droit moins étendu même que ne le faisait la loi romaine».

Tal vez el fundamento de esta tesis pueda hallarse también en la influencia romanista. Tengamos en cuenta que, en algunos lugares de Francia, especialmente en el sur, donde la influencia de la Ley romana había sido particularmente grande, se mantuvo vigente durante algún tiempo un derecho de hipoteca sobre los bienes muebles, v. SACHSE, H. R., *Purchase money security interests in the common law and the French civil law system*, cit., pgs. 432 y 433.

²⁶⁴ En el ámbito del Derecho concursal, la relación entre privilegio y garantía se presenta conflictiva. Ambas categorías mantienen importantes diferencias: la garantía atribuye al acreedor un derecho real, el privilegio un derecho personal; los privilegios tienen su origen en la voluntad del legislador, las garantías nacen de la voluntad de las partes. Pero, al mismo tiempo, gozan de una característica común: permiten una posición preferencial respecto de los acreedores ordinarios. De modo que el objetivo perseguido por ambos es la prelación. V., sobre la garantía y el privilegio como causas de prelación, GARRIDO, J. M., *La tutela preferenziale del credito nelle procedure concorsuali*, Tesis doctoral, Bolonia, 1992-93, pgs. 15 y ss; y, del mismo autor, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, cit., pgs. 99 y ss.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, los autores hablan de *hypothèque privilégiée*: ¿se trata de una «garantía» establecida por el legislador o de un privilegio que se funda sobre una intención que se presume en las partes al pactar la venta? GUILLOUARD —v. *Traité des privilèges et hypothèques*, vol. I,

En consecuencia, desde la perspectiva de la tesis garantista se reconoce al vendedor al contado un derecho real de garantía sobre la cosa entregada y en poder del comprador, lo que le permite «perseguirla» y «separarla» de la ejecución concursal, mientras que el vendedor a plazo dispone de un privilegio sobre la cosa por el precio frente a los demás acreedores, una suerte de privilegio especial sobre el bien, sujeto en todo caso al procedimiento concursal. Ahora bien, en tanto la garantía y el privilegio forman parte del sistema de prelación de créditos, la propiedad no. Así, para la tesis garantista los derechos del vendedor insatisfecho están sujetos al sistema concursal de prelación de créditos, y el vendedor al contado tiene un derecho real sobre la cosa que le permite perseguirla «como si» fuera suya. En cambio, para la tesis tradicional, el derecho del vendedor al contado insatisfecho queda al margen del procedimiento, el vendedor reclama la cosa que «es suya» y no puede formar parte de la masa de bienes sujeta a la liquidación²⁶⁵.

De todo ello parece deducirse un progresivo abandono de la tesis tradicional en torno a la «reivindicatoria especial» del vendedor al contado fundada en la propiedad, la cual ya no ofrece la misma utilidad que presentaba en sus orígenes. Tengamos en cuenta que ya no estamos ante la reivindicatoria del Derecho romano, pues, en base a la influencia germánica, la eficacia de este remedio se ha visto limitada frente a terceros adquirentes de buena fe. El vendedor al contado, que con arreglo a la tradición romana no deja de ser propietario hasta el pago total del precio, puede reivindicar frente a los demás acreedores del deudor, pero no frente a un tercero de buena fe que hubiera adquirido a su vez del comprador-quebrado (adquisición *a non domino*)²⁶⁶.

cit., pg. 452— considera que «le privilege est établi par la loi, comme tout privilège, mais il est fondé sur l'intention présumée des parties lors de la vente».

²⁶⁵ El acreedor hipotecario forma parte del sistema de prelación porque si ejecuta la hipoteca el remanente que quede una vez satisfecho su crédito, entrará a formar parte de la masa pasiva, y si el crédito no ha sido satisfecho íntegramente, por la parte pendiente de cobro, entrará a formar parte de la masa pasiva, como un acreedor más del quebrado. Frente a ello, el propietario permanece al margen del procedimiento y su bien no puede integrar la masa de bienes sujeta a ejecución concursal.

²⁶⁶ Frente al Derecho romano, el antiguo Derecho germánico excluye, como regla general, la posibilidad de reivindicar los bienes muebles, salvo que se tratase de cosas robadas o hurtadas. La influencia germánica a través de estos principios se manifiesta ya en las *coutumes* francesas. De modo que, tanto en el antiguo Derecho germánico como en el francés, cuando alguno pierde una cosa por culpa o fraude del propio contratante —v. gr., depositario o comodatario— no puede reivindicar la cosa de un tercero que la tenga en su poder y solo puede dirigirse contra su contraparte con una acción de resarcimiento de daños. La adquisición de ese tercero *a non domino*, pero de buena fe y con justo título, se asimila por la Ley a un acto traslativo de absoluta propiedad. V. DEL VECCHIO, A., *Sulla rivendicazione dei beni mobili nell'antico diritto germanico*, Archivio Giuridico, vol. XX, 1878, pgs. 19 a 48 y 236 a 282. También, GROSSI, G., «Schiaramento storico-interpretativo degli art. 707, 708, 709, e 2146 del cod. civ. italiano (art. 2279, 2280 del cod. civ. Francese)», *Archivio Giuridico*, vol. XIII, 1874, pgs. 255 a 290. Aquellas normas fueron a su vez modificadas en interés del comercio restringiendo la posibilidad de reivindicación de la cosa perdida o sustraída al supuesto de que ese tercero de buena fe no hubiese adquirido en una feria o mercado —v. GOLDSCHMIDT, L., *Storia universale del Diritto commerciale*, cit., pgs. 234 y 235—. Así, en el ámbito mercantil el campo de la reivindicatoria resultaba más restringido debido a que la mayor parte de las contrataciones se realizan en ferias o mercados, v. SUPINO, D., *La rivendicazione nel fallimento*, cit., pg. 9.

4.3. La etapa codificadora

4.3.1. El Derecho francés

El Código Civil francés de 1804 recibe la influencia romanista y acoge la concepción tradicional en torno a la reivindicatoria a favor del vendedor al contado insatisfecho, incorporando, al mismo tiempo, aquellos principios procedentes del Derecho germánico²⁶⁷ que limitan el ejercicio de la reivindicatoria en las adquisiciones de bienes muebles (arts. 2279 y 2280 del *Code Civil*)²⁶⁸. Además, somete el ejercicio de aquella acción a un requisito de carácter temporal. Junto a la falta de pago y la necesidad de que las mercancías se encuentren en el mismo estado del que gozaban cuando se hizo la entrega es preciso que la reivindicación se ejercite en un plazo de ocho días a contar desde la entrega²⁶⁹. Frente a estas limitaciones en la reivindicatoria, el Código extiende al vendedor al contado el privilegio especial sobre el precio que las *coutumes* habían establecido únicamente a favor del vendedor a plazo²⁷⁰.

En este sentido, el artículo 85 del CCom español establece que «la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas».

²⁶⁷ Las tesis germánicas pasan a través del *droit coutumier* al Código Civil napoleónico por un decreto de 30 de marzo de 1806, y se extienden posteriormente a otros Ordenamientos como el italiano y el español. En Italia serán acogidas por el *Codice delle due Sicilie* de 1819 —art. 2155— y el *codice per gli stati di Parma, Piacenza y Guastalla* de 1820 —art. 2369—. Posteriormente se regula en el *Codice Albertino* de 1838 —art. 1411— y en el *codice civile* de 1865 —arts. 707 y 708—. V. DEL VECCHIO, A., *Sulla rivendicazione dei beni mobili nell'antico diritto germanico*, cit., pgs. 19 y 20.

²⁶⁸ Con arreglo a la concepción tradicional procedente del Derecho romano para la transmisión de la propiedad en las ventas al contado, si el vendedor no deja de ser propietario hasta el pago del precio, en caso de transmisión por parte del comprador, la adquisición del tercero sería a *non domino*, de modo que habría de tenerse en cuenta la buena o mala fe del tercero. En este sentido, los autores apuntaban que el Derecho civil francés colocaba en distinta situación al vendedor de bienes muebles según se encontrase en presencia de un tercero adquirente del comprador, el cual, si se encontraba de buena fe, quedaba protegido frente a la reivindicación del vendedor, o en presencia de los acreedores del comprador, ante los que se hacía prevalecer el interés particular del vendedor. Frente a ello, en el Derecho inglés, los acreedores del comprador estaban protegidos contra la reivindicación del vendedor de bienes muebles del mismo modo que los terceros adquirentes, en base a la doctrina de la propiedad presunta, *reputed ownership*, v., *supra*, pg. 74, n. 142.

En general, puede decirse que en el derecho continental los acreedores del comprador se encuentran más desprotegidos frente al vendedor de bienes muebles insatisfecho que los terceros adquirentes. El vendedor puede extraer de la masa los bienes entregados al comprador-quebrado y reducir así la garantía común de cobro de los acreedores concursales; en cambio, solo podrá reclamarlos de un tercero adquirente cuando este se encuentre de mala fe. Por su parte, el Derecho inglés otorga la misma protección a unos que a otros, el interés del crédito como el interés de la circulación están por encima de la protección particular del vendedor de bienes muebles insatisfecho. V. KAYSER, P., «Le droit de résolution du vendeur de meubles non payé au cas de faillite de l'acheteur et la Loi du 20 mars 1928», *Ann. De Droit Comm.*, t. 41, 1932, pgs. 187 a 201 y 269 a 287, en especial, pg. 190.

²⁶⁹ En otro caso, se entendía que el vendedor tenía la intención de acreditar al comprador, de manera que solo podía recurrir al privilegio especial que se reconocía al vendedor a término. V. PLANIOL y RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, cit., pgs. 569 a 571.

²⁷⁰ Art. 2104.4 *Code*: «le prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en la possession du débiteur, soit qu'il ait acheté a terme au sans terme, y ajoute, si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut

No obstante, desde la práctica comienza a cuestionarse la conveniencia de medidas que aseguran al vendedor una situación de privilegio respecto del resto de acreedores del deudor ante el principio concursal de la paridad de trato de todos los acreedores en la quiebra²⁷¹. Ya no solo es difícil tratar de conciliar la reivindicatoria especial del vendedor de bienes muebles con las reglas que imponen la transmisión de la propiedad por el solo consentimiento de las partes²⁷², sino también con los principios que rigen en la Ordenación concursal. De manera que, cuando se inician los trabajos de redacción del Código de Comercio, la controversia en torno a la reivindicación del vendedor de bienes muebles insatisfecho en caso de quiebra del comprador se centra en dos posibles soluciones: o bien se rechaza la posibilidad de ejercer esta facultad, o bien se admite, pero restringiéndola a un pequeño número de casos²⁷³. Al final se impone esta última opción. Así, el Código de Comercio francés de 1807, mucho más próximo que el Código Civil a la tradición jurídica francesa más inmediata²⁷⁴, y modificado por la Ley de 1838²⁷⁵, suprime el privilegio sobre el precio y el derecho de reivindicación

même revendiquer ces effets tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur, et en empêcher la revente, pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison, et que les effets se trouvent dans le même état dans lequel cette livraison a été faite». El artículo termina diciendo que «il n'est rien innové aux lois et usages du commerce sur la revndication». V. RENOUD, A., *Traité des faillites et banqueroutes*, t. II, París, 1857, pg. 341.

²⁷¹ Con la Revolución francesa se produce la prevalencia del principio de igualdad, concebido como un postulado de Derecho natural y, por tanto, de general aplicación. Así, frente a la regla de la proporcionalidad vigente en el procedimiento de quiebra del Derecho estatutario italiano, la igualdad en el ámbito de la tutela del crédito origina el principio de igualdad de los acreedores o *par condicio creditorum*, v. GARRIDO, J. M., *Preferenza e proporcionalita nella tutela del credito*, cit., pg. 32. Ello parece coincidir con un momento en el que el principio de proporcionalidad estatutario se encuentra en claro retroceso ante el paulatino aumento de las causas de preferencia —v. gr., privilegio del vendedor por el precio—, lo que hará que pierda su posición de hegemonía frente al nuevo principio de la igualdad de trato, v., ídem, pgs. 301 y ss.

²⁷² V., arts. 1138 y 1583 *Code Civil* francés, que recogen la transmisión de la propiedad sobre la cosa al adquirente sin que el precio haya sido pagado: «elle est parfaite [la venta] entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, des qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé». De ahí que los autores, tratando de fundamentar esta reivindicación especial del vendedor, lleguen a admitir una derogación implícita del art. 1583. V. PLANIOL y RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, cit., pg. 569.

²⁷³ La práctica pone de manifiesto que la reivindicación especial se había convertido en una fuente interminable de conflictos y en una vía para el fraude: su ejercicio se veía sujeto a una serie de requisitos dependientes, en gran medida, de la voluntad del propio deudor. De modo que la posibilidad de favorecer al vendedor de bienes muebles frente al resto de acreedores, dependía en última instancia del quebrado. El deudor, que es quien mejor conoce su situación económica y, por tanto, quien mejor puede vislumbrar el peligro de la quiebra, puede acelerar o retrasar la venta de las mercancías y hacer decaer, así, el requisito temporal de los ocho días. También podía conservar las mercancías en el estado en el que las recibió o no hacerlo, según pretenda impedir o favorecer la reivindicación del vendedor. V., sobre las discusiones en torno al sistema de reivindicación en el proceso de redacción del Código de Comercio francés, LOCRÉ, J. G., *Esprit du Code de Commerce*, cit., pgs. 235 a 398; también, RENOUD, A., *Traité des faillites et banqueroutes*, t. II, cit., pgs. 341 a 343.

²⁷⁴ V. GONDRA, J. M., *Introducción al Derecho mercantil*, Madrid, 1989, pg. 23.

²⁷⁵ Esta Ley de reforma del *Code de Commerce* reaviva los debates en torno a la reivindicación del vendedor de bienes muebles e introduce las limitaciones definitivas que desterrarían del ámbito mercantil la «reivindicatoria especial» del Derecho común. V. RENOUD, A., *Traité des faillites et*

especial previstos en el artículo 2102.4 del Código Civil (art. 550 CCom francés), y concede al vendedor el derecho de reivindicación de las mercancías en ruta, cuando aún no han llegado a poder del comprador o de sus comisionistas (art. 576 CCom francés)²⁷⁶, de modo que limita la protección del vendedor a un supuesto específico, el de las ventas con expedición —*stoppage in transitu* del Derecho inglés—. La reivindicación especial del Derecho romano queda reducida al ámbito del Derecho civil y expresamente excluida en Derecho mercantil en caso de quiebra del comprador²⁷⁷ —art. 116 de la Ley 85/98, de 25 de enero sobre *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*—²⁷⁸.

4.3.2. El Derecho italiano

Una evolución semejante se produce en el Derecho italiano en torno a los artículos 1513 del Código Civil²⁷⁹ y 689 del Código de Comercio²⁸⁰, ambos de 1865. La

banqueroutes, t. II, cit., pgs. 342; y ALAUZET, I., *Commentaire du Code de Commerce*, vol. VIII, París, 1879, pg. 111. También, BORSARI, L., *Codice di commercio del regno d'Italia anotato*, parte II, Turín-Nápoles, 1869, pgs. 973 y ss; y SUPINO, D., *La rivendicazione nel fallimento*, cit., pgs. 30 y 31. Para el análisis de la Ley de 1838, v. BEDARRIDE, J., *Traité des faillites et banqueroutes, ou commentaire de la Loi du 28 mai 1838*, 2 Vols., París, 1844.

²⁷⁶ V. RENOARD, A., *Traité des faillites et banqueroutes*, t. II, cit., pgs. 270 a 276.

²⁷⁷ V. BONNICHON, F., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pgs. 205 a 207; y KAYSER, P., «Le droit de résolution du vendeur de meubles non payé au cas de faillite de l'acheteur et la loi du 20 mars 1928», cit., pg. 191.

²⁷⁸ En el mismo sentido, el vigente art. L 624.11 del CCom francés establece que «le privilège et le droit de revendication établis par le 4^e de l'article 2332 du code civil au profit du vendeur de meubles ainsi que l'action résolutoire ne peuvent être exercés que dans la limite des dispositions des articles L624-12 à L624-18 du présent code». Así, la reivindicación del vendedor de bienes muebles insatisfecho viene definida por la posibilidad de ejercicio de un derecho de retención cuando las mercancías no han sido entregadas o expedidas al deudor —art. L624 -14—, un derecho de reivindicación en las ventas con expedición —art. L624-13—, y un derecho de restitución originado en el ejercicio de la resolución con anterioridad a la apertura del procedimiento —art. L624-12—.

²⁷⁹ Art. 1513:« se la vendita fu fatta senza dilazione al pagamento, il venditore può enziandio in mancanza di pagamento rivendicare le cose mobili vendute, sinchè queste si trovano in possesso del compratore, od impedirne la rivendita, purchè la domanda per rivendarle venga proposta entro i quindici giorni dal rilascio, e le cose si trovino in quello stato medesimo in cui erano al tempo della consegna». En Derecho italiano, como en Derecho francés, es manifiesta la excepcionalidad de la norma y su contraste con los principios civilistas admitidos en torno a la transmisión de la propiedad de la cosa vendida. Según el art. 1448 *codice civile* italiano, «la vendita è perfetta fra le parti, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore, al memento che si è convenuta sulla cosa e sul prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa nè sia pagato il prezzo». Ahora bien, frente al artículo 2102.4 del Código Civil francés, el legislador italiano de 1865, si bien acoge la reivindicatoria a favor del vendedor de bienes muebles al contado, no recoge, sin embargo, el privilegio especial sobre el precio. Al mismo tiempo, ambos preceptos también difieren en cuanto al requisito temporal para el ejercicio de la reivindicatoria, ocho días en el caso francés, quince en el italiano. Por otro lado, el art. 1513 como su precedente en Derecho francés, art. 2104.4, y con anterioridad el propio artículo 177 de la *Coutume* de París, dispone junto a la reivindicación un derecho del vendedor a *impedirne la rivendita* (*empêcher la revente*). Los autores han querido ver aquí la posibilidad de acudir al secuestro judicial, dirigido a evitar que el comprador disponga de la cosa a favor de un tercero de buena fe y evite la reivindicación del vendedor (cfr. art. 707 CC italiano de 1865). V. BORSARI, L., *Commentario del codice civile italiano*, vol. IV, parte I, 1878, pgs. 451 y 452. V., también, la crítica a esta tesis en

reivindicación especial del vendedor se ve limitada en la quiebra del comprador al supuesto de las compraventas con expedición, en las que las mercancías no han sido entregadas materialmente al quebrado y están siendo transportadas. La misma disposición se mantiene en el Código de Comercio de 1882 (art. 804)²⁸¹.

La doctrina italiana había desarrollado, respecto de la reivindicatoria especial del vendedor al contado en la quiebra, una crítica semejante a la que se venía produciendo en Derecho francés²⁸². Así, en ambos Ordenamientos ese mecanismo de defensa del vendedor al contado se mantiene fuera del derecho aplicable a las crisis empresariales —art. 1519 del vigente CC de 1942—. Si bien, y a diferencia del Derecho francés, en el Ordenamiento italiano no se establece una norma que excluya su aplicación en caso de quiebra²⁸³.

En definitiva, los mecanismos de defensa del vendedor de bienes muebles en caso de quiebra del comprador, tanto en las compraventas al contado como a plazo se reducen al supuesto de las ventas con expedición. Con este sistema parece que el límite

BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, cit., pgs. 34 y ss. Este autor solo admite en el 1513 un remedio, la reivindicatoria. Si bien, una reivindicatoria fundada en un derecho de resolución por incumplimiento. Y no cabe duda de que un efecto de la resolución por incumplimiento a favor del vendedor es el de impedir la venta de la cosa por el comprador que aún no ha satisfecho el precio —v. ídem, pgs. 115 a 117—.

²⁸⁰ Art. 689: «possono essere rivendicate le merci spedite al fallito, finchè la tradizione non ne è seguita nei suoi magazzin o in magazzino pubblici a sua disposizione, o in quelli del comisionario incaricato di venderle per conto del fallito.

La rivendicazione non si può proporre, se le merci prima del loro arrivo sono state vendute senza frode sopra fatture, polizze o lettere di ventura firmate da ocluí che ne ha fatta la spedizione.

Quegli che rivendica deve rimborsare la massa delle somme ricevute in conto e di tutte le anticipación fatte per nolo o ventura, commissione, assicurazioni od altre spese, e pagare le somme che fossero dovute per le medesime cause».

²⁸¹ MARGUIERI, A., en su obra *I motivi del nuovo codice di commercio italiano*, vol. II, parte I, Nápoles, 1885, pgs. 869 y ss, recoge las razones que llevan al legislador italiano a conservar las disposiciones previstas en el viejo artículo 689. Así, se apunta la necesidad de mejorar las condiciones de los acreedores más lejanos frente a los más cercanos, ya que los primeros tenían menos posibilidad de prever la verdadera situación patrimonial del deudor y, en definitiva, en base a ese desconocimiento, contrataron con el deudor incrementando su patrimonio.

²⁸² V. CUZZERI, E., «Del fallimento. Commento riveduto dal Prof. Antonio Cicu», en Bolaffio y Vivante (dirs.): *Il codice di commercio commentato*, vol. IX, Turín, 1922, pg. 492.

²⁸³ En este sentido, el párrafo final del art. 1513 del *codice civile* de 1865 dejaba a salvo las *leggi e consuetudini commerciali concernenti a la rivendicazione*, salvedad que no se mantiene en el vigente art. 1519. No obstante, la doctrina italiana considera de forma unánime que tales preceptos no son aplicables en caso de quiebra. V. CUZZERI, E., «Del fallimento. Commento riveduto dal Prof. Antonio Cicu», cit., pg. 508; BONELLI, G., *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, vol. II, cit., pg. 570, y vol. III, pgs. 570 y 571; BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, cit., pgs. 151 y ss; RUBINO, D., «La compravendita», en Cicu y Messineo (dirs.): *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XXIII, Milán, 1962, pg. 1096, n. 111; GRECO, P., y COTTINO, G., «Art. 1470-1547 CC. Della vendita», en Scialoja y Branca (dirs.): *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1981, pg. 419; y MONTESSORI, R., *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, cit., pgs. 194 y 195. Hay que señalar, sin embargo, la opinión particular de CANDIAN, que admite la eficacia dentro del procedimiento de quiebra de la reivindicatoria del vendedor al contado, v. *El processo di fallimento*, Padua, 1934, pgs. 256 y ss.

de la protección del vendedor se encuentra en la entrega material al comprador, ya que si la mercancía llega a su poder antes de la declaración judicial de quiebra la reivindicación ya no es posible. El hecho de la entrega es lo que determina la posición jurídica del contratante *in bonis* frente a la quiebra. Producida la entrega decae todo vínculo real entre el vendedor y el bien mueble. El vendedor que había entregado antes de la quiebra del comprador no puede hacer otra cosa que insinuarse en la quiebra como cualquier otro acreedor del quebrado²⁸⁴.

4.4. La situación del Derecho español

4.4.1. El Derecho común: desaparece la «reivindicatoria especial» y se regula el privilegio del vendedor de bienes muebles

En Derecho español esta problemática presenta características propias. Las disposiciones de Partidas, inspiradas en el Derecho romano, por una parte establecen que «el contrato de compra y venta es consensual por su naturaleza, consumándose con la entrega de la cosa y el precio estipulado, desde cuyo momento se transfiere al comprador el pleno dominio y perfecto derecho a disponer de aquella en el modo y forma que estime conveniente»²⁸⁵; por otra, prevén que en las ventas al contado la entrega (apoderamiento) por parte del vendedor no transmite la propiedad (señorío) al comprador hasta el pago total del precio, en tanto que si se hubiera dado garantía al vendedor o se hubiera afianzado el pago, la propiedad pasaría al comprador mediante la entrega, aunque el precio no se hubiese pagado²⁸⁶. De modo que el vendedor al contado

²⁸⁴ V., MONTESSORI, R., *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, cit., pgs. 141 y 193; y BONNICHON, F., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pgs. 207 y 208.

Ahora bien, esta disposición exige determinar qué ocurrirá si la mercancía llega a poder del comprador en el mismo día de la declaración. Los autores parecen de acuerdo en entender que el momento decisivo para determinar la posición jurídica del vendedor frente a la quiebra del comprador es aquel en que se declara la quiebra, pues desde ese instante se produce de pleno derecho la modificación del estado patrimonial del quebrado. De modo que, si la mercancía llegó a poder del comprador en el día mismo en que la quiebra fue declarada, de acuerdo con una interpretación a contrario del art. 804 del *codice di commercio* de 1882, no es posible la reivindicación por parte del vendedor. Dicho precepto recoge que las mercancías pueden ser reivindicadas «se nel giorno della dichiarazione del fallimento non siano giunte nei suoi magazzini o non siano state ricevute a sua disposizione in magazzini pubblici o in altro luogo di deposito o di custodia, ovvero nei magazzini o luoghi di deposito o di custodia del commissionario incaricato di venderle per conto di lui». V. MONTESSORI, R., *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, cit., pgs. 142 y 143.

²⁸⁵ En consecuencia, «para que la falta de pago de la cosa, en el tiempo y forma convenidos constituya una causa de rescisión del contrato, es preciso que así se pacte expresamente; y no existiendo semejante pacto lo único a que el vendedor tiene derecho es á exigir del comprador el referido precio con los intereses legales desde el día en que se hubiera constituido en mora, único efecto que á este se atribuye en las compras y ventas mercantiles». V. STS de 25 de noviembre de 1873, Gaceta de 29 de noviembre, t. XXVIII, pg. 577.

²⁸⁶ «Dominium non transfertur in emptorem rei, etiam post traditionem ipsius pretio non soluto y pretium non soluto dominium rei emptae non transit in emptorem, etiamsi res rei tradita sit». V. LÓPEZ DE

podrá «reivindicar» los bienes por impago del precio en calidad de «propietario»²⁸⁷. Esta diferencia de trato entre el vendedor al contado y a plazo no se encontraba ya en el Proyecto de Código Civil de 1851²⁸⁸ y desapareció del Código Civil de 1889, donde no se regula un derecho de reivindicación especial del vendedor de bienes muebles al contado semejante a aquel que recogen aún hoy los códigos en Francia y en Italia.

La doctrina española considera que en aquella disposición de Las Partidas se encuentra el precedente del vigente artículo 1466 del Código Civil²⁸⁹, que forma parte de las normas dirigidas a completar la doctrina legal de la *traditio*²⁹⁰. Parece que el legislador español, que ha adoptado sin reservas la teoría del título y del modo²⁹¹,

TOVAR, G., «Código de las Siete Partidas», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, t. V., Madrid, 1872, pgs. 135 y 145.

En la jurisprudencia anterior al Código Civil, v. PANTOJA, M., *Repertorio de la jurisprudencia civil española (de 1838 a 1882)*, t. V, Madrid, 1889, destaca la STS de 14 de diciembre de 1861 —Gaceta de 18 de diciembre, t. V., pg. 762—: «si bien por la Ley 46, Título 28 de la Partida 3ª se establece, por regla general, que el dominio de la cosa vendida no pasa al comprador, aunque se haya apoderado de ella, si no ha entregado el precio; por la misma Ley se exceptúan el caso en que el comprador se hubiere tomado plazo para pagar, y el de que el vendedor se fiase en aquel del precio». En el mismo sentido, STS de 31 de marzo de 1874 —Gaceta de 28 de mayo, t. XXIX, pg. 538—; también, STS de 1 abril de 1874 —Gaceta de 28 de mayo, t. XXIX, pg. 544—: «el contrato de compraventa se perfecciona por el consentimiento de los contrayentes en la cosa y en el precio, consumándose por la mutua entrega de una y otro, y pasando el dominio de aquella al comprador aunque no satisfaga el precio si hubiese tomado plazo para pagar o dado fiador o peños, o si el vendedor se fiase en él, según lo dispone la Ley 46, Título 28, de la Partida 3ª».

²⁸⁷ V. STS de 18 de febrero de 1881, sobre propiedad y devolución de unas balas de algodón e indemnización de perjuicios.

²⁸⁸ V., art. 1389: «el vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago», en GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, vol. III, Madrid, 1952, pg. 279. Según este autor, «por el derecho romano y patrio, ni aún entregada ya la cosa por el vendedor, se hacía del comprador si este no pagaba el precio o satisfacía de otro modo al vendedor, o si este no había vendido al fiado, párrafo 41, título 1, libro 2, Instituciones y ley 46, título 28, Partida 3. Por el art. 981 se establece lo contrario en cuanto a la transmisión de la propiedad [...]» En este sentido, el Proyecto resultaba especialmente «afrancesado», ya que el art. 981 disponía que «la entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad [...]», disposición enteramente contraria a la máxima romana y patria. V., ídem, pgs. 11 y 12.

²⁸⁹ V., en este sentido, ampliamente, BORRACHERO, «Algunos problemas de la compraventa con precio aplazado», cit., pgs. 946 y ss. Este autor entiende que en el examen de los artículos 1466 y 1467 del Código Civil encontramos un perfecto paralelismo con lo que se establecía en el derecho justinianeo y lo previsto en Las Partidas, v., ídem, pg. 948.

²⁹⁰ El art. 1466 se sitúa en la sección II, capítulo IV, título IV, relativo a las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa y, en concreto, entre los preceptos que se ocupan de la entrega de la cosa vendida, es decir, cuándo se entiende producida la entrega en la compraventa, la entrega material y las formas de *traditio* simbólica, las circunstancias de lugar y tiempo de la entrega, así como otras condiciones y elementos de la obligación de entregar del vendedor. V., al respecto, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil*, t. III, Madrid, 1900, pgs. 244 y 245; también, SCAEVOLA, M., *Código Civil*, t. XXIII, Madrid, 1906, pg. 470.

²⁹¹ Así se reconocía ya para el Derecho castellano. En cambio, en Aragón el dominio pasaba por el contrato sin entrega alguna —v. JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, I., y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1792, pgs., 95, 102 y 108—. Ahora bien, es el

siguiendo más estrictamente el rigor de estos principios, obtiene sus propias consecuencias de la tradición romanista, y no encuentra en aquellos supuestos de Las Partidas la solución a un problema en torno a la transmisión y adquisición del dominio, ya que, en todo caso, es el legislador el que dispone cuándo se entiende transmitida la propiedad, y parece fuera de toda duda que el Código considera propietario al comprador desde la entrega, aunque no se haya pagado el precio. Para el Código Civil español aquellas normas plantean un problema de tiempo de la entrega, esto es, de cumplimiento del contrato, donde la voluntad de las partes sí puede intervenir disponiendo que la contratación sea al contado o a plazo. En el primer caso la entrega es simultánea²⁹²: el vendedor no está obligado a entregar la cosa si el comprador no le ha pagado el precio (art. 1466 CC). De modo que si cumple, es porque espera el inmediato cumplimiento de la otra parte²⁹³. En cambio, cuando la contratación es a plazo, la

Derecho castellano el que se convierte en el Derecho común de España. V. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Madrid, 1984, pgs. 174 y 175.

Aunque algún autor ha puesto de manifiesto que la verdadera causa de que no prosperara el proyecto de Código Civil de 1851 es su espíritu exclusivista a favor de la legislación civil castellana —v., SÁNCHEZ ROMÁN, F., *La codificación civil en España*, Madrid, 1890, pg. 16—, lo cierto es que el punto de partida del Código de 1889 es el Derecho castellano, aunque pretendiendo que el código tuviera sentido nacional se incorporaron a él también instituciones propias de las provincias forales. En cualquier caso, parece que el Código Civil de 1889 ha sido más fiel a la tradición jurídica española que a los códigos extranjeros (Código francés de 1804 e italiano de 1865). En concreto, en materia de Derecho patrimonial sigue con más fidelidad la tradición española que la inspiración francesa. Rechaza el sistema francés de transmisión consensual del dominio, recogido en el Proyecto de 1851, y lo sustituye por el sistema clásico de transmisión mediante tradición o entrega de la posesión. V. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1985, pg. 68; GONZÁLEZ, J., «La teoría del título y del modo», *RCDI*, 2, 1925, pgs. 81 a 92; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil*, t. III, cit., pgs. 190 y ss; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. V, Madrid, 1931, pgs. 7 a 20, y t. X, Madrid, 1932, pgs. 120 a 128; y SCAEVOLA, *Código Civil*, t. XI, Madrid, 1896, pgs. 156 a 163.

²⁹² V. STS de 27 de abril de 1874, Gaceta de 11 de julio, t. XXX, pg. 5.

²⁹³ SCAEVOLA en sus comentarios al Código Civil, v. *Código Civil*, t. XXIII, cit., pgs. 471 y ss, observa que el art. 1466 refleja la idea de la simultaneidad de las obligaciones: «[...] siendo el precio la equivalencia del objeto, y tratándose en el contrato de venta de transmisiones recíprocas, no existía ni existe razón ninguna para decretar preferencias de la cosa sobre el precio o de este sobre aquella». Nos hallamos ante una manifestación clara del principio de reciprocidad e interdependencia de las obligaciones propio de los contratos bilaterales, de los cuales la compraventa constituye la mejor representación —v. ESPÍN CÁNOVAS, D., «Tendencias modificadoras de la categoría del contrato bilateral», en *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, vol. I, Madrid, 1959, pg. 447—. De esta manera, la regla del cumplimiento simultáneo, en cuanto deriva del principio de interdependencia o reciprocidad de las obligaciones que nacen del contrato bilateral, se halla en la base de la excepción de incumplimiento contractual (*exceptio inadimpleti contractus*), de la doctrina especial de la mora en las obligaciones recíprocas —art. 1101, *in fine*, CC— y de la acción resolutoria por incumplimiento —art. 1124 CC—. V. TRAVIESAS, M., «Obligaciones recíprocas», *RDP*, 1924, pgs. 273 a 288 y 320 a 339, en especial, pgs. 274 y 275 y 330 y ss; ESPÍN CÁNOVAS, «La excepción de incumplimiento contractual», *ADC*, vol. XVII-3, 1964, pgs. 543 y ss; y DÍEZ-PICAZO, L., «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», *ADC*, 1964, pgs. 383 y ss.

Frente a la idea de la simultaneidad en el cumplimiento, no ha faltado alguna opinión aislada que ha interpretado el art. 1466 en el sentido de que exige que sea el comprador el que se anticipe a pagar el precio, pues expresamente recoge que «el vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no le ha pagado el precio [...]», v. BORRELL Y SOLER, A. M., *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Barcelona, 1925, pg. 110. Ahora bien, esta interpretación, cuya lógica ha sido puesta en duda por el propio autor, decae definitivamente si consideramos que el ofrecimiento del precio, simultáneo a la entrega de la cosa mueble, obsta a la resolución de la venta, de modo que ¿con qué

obligación no surge en el comprador, aunque se haya producido la entrega, hasta que sobreviene el plazo o el término previstos, hasta ese momento no puede producirse el incumplimiento del comprador. No obstante, si el vendedor descubre el inminente riesgo de perder el precio, no estará obligado a entregar la cosa, salvo que el comprador afiance el pago (art. 1467 CC). En este sentido, los autores hablan de «excepciones a la obligación de entrega». Si la venta es al contado, el vendedor no está obligado a entregar la cosa cuando el comprador no ha pagado el precio. Si la venta es a plazo, tampoco está obligado a entregar cuando descubra que el comprador es insolvente, a no ser que el comprador afiance pagar en el plazo convenido. Ello no significa que el vendedor quede libre de su obligación de entrega, sino que se trata de determinar cuando debe o no cumplir, ya que el cumplimiento de la obligación de entrega tiene especial trascendencia en Derecho español, convierte al comprador en propietario²⁹⁴.

Por otro lado, aunque el Derecho civil español desconoce aquella «reivindicatoria especial» del Derecho común vigente en Francia y en Italia, el vendedor de bienes muebles al contado no se ve desprovisto de toda protección, ya que el Código regula en su artículo 1922.1.º el privilegio del vendedor de bienes muebles, tanto para las ventas al contado como para las ventas a plazo²⁹⁵.

El tratamiento diferente que recibe la problemática de la «reivindicatoria especial» en estos derechos de raíz latina deriva de las distintas formas de concebir y asumir en cada uno de ellos la tradición romana.

derecho podrá pedir ningún vendedor que previamente a la entrega de la cosa se le pague el precio de la misma?, v. SCAEVOLA, M., *Código Civil*, t. XXIII, cit., pgs. 472 y 473.

²⁹⁴ La cuestión no es determinar el incumplimiento del comprador, sino la obligación de cumplimiento del vendedor. Ninguno de estos preceptos —y, en especial, el 1466— considera rescindido el contrato si el comprador no paga el precio, sino que frente a la acción del comprador que exige la entrega de los bienes, el vendedor puede oponer la excepción de falta de pago del precio. V. MAJADA, A., *Código Civil*, Barcelona, 1958, pgs. 866 y 867.

En cuanto a la relación de estos preceptos con el art. 1124 del CC, hemos de tener en cuenta que tanto el 1466 como el 1467 parten de un «riesgo de incumplimiento» no de un incumplimiento efectivo. En las ventas al contado, el hecho de que el comprador no haya cumplido cuando exige el cumplimiento de la otra parte, no significa que no vaya a cumplir. Del mismo modo, en las ventas a plazo, el hecho de la insolvencia no conlleva necesariamente el incumplimiento del contrato. Frente a ello, el art. 1124 sí se ocupa de las consecuencias ante un incumplimiento efectivo, aunque no definitivo. Los perjuicios en este caso son mayores, ya que el propio cumplimiento puede haber colocado a la parte cumplidora en una situación muy precaria. Ahora bien, los parámetros del perjuicio variarán en función de la concreta relación contractual de la que se trate y del carácter más o menos definitivo del incumplimiento, pues, en todo caso, el perjudicado siempre puede tratar de mantener el contrato, exigiendo el cumplimiento antes de acudir a la resolución.

²⁹⁵ Como hemos visto, este privilegio se remonta al antiguo derecho francés. V. GULLÓN BALLESTEROS, A., «Artículo 1922», en Albaladejo (dir.): *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. I, cit., pgs. 696 y ss. V., también, *infra*, n. 258.

Como hemos visto, el «privilegio por el precio» y el «privilegio del vendedor *ad credentiam*» surgen en Francia y en Italia a favor del vendedor a plazo, como consecuencia de la diferencia de trato con el vendedor al contado, heredada del Derecho romano.

Hemos puesto de manifiesto que, como en Derecho romano, la razón de ser de esta tutela específica del vendedor al contado puede hallarse en una serie de circunstancias que en su confluencia determinan la necesidad de mantener al vendedor propietario hasta el pago del precio con el fin de que pueda acudir a la *reivindicatio*. En Derecho justiniano la naturaleza jurídica de la *traditio* no aparecía descrita con claridad en base al cumplimiento de la obligación de entrega, y tampoco se alcanza una construcción dogmática en torno a los contratos bilaterales o sinalagmáticos y a las consecuencias del incumplimiento en este tipo de contratos. Sin embargo, con el tiempo, aquellos factores variarán considerablemente: la concepción justiniana del contrato de *emptio-venditio* —en torno al concepto de *emptio perfecta*—, a medio camino entre una compraventa traslativa y una compraventa obligacional, evoluciona en algunos códigos, como el francés (art. 1583) o el italiano (art. 1470), hacia una compraventa traslativa²⁹⁶, mientras que en otros, como el caso español, quedó reducida a *emptio contracta*²⁹⁷. Ahora bien, si en Derecho francés o en Derecho italiano se culmina el proceso de espiritualización de la *traditio* justiniana²⁹⁸, esta nunca ha sido bien entendida y convenientemente estudiada, debido a la rápida adopción del criterio de la transmisión de la propiedad por el solo consentimiento. En cambio, en Derecho español, la doctrina, ya con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil²⁹⁹, había venido desarrollando una importante labor interpretativa en torno a la tradición o entrega en cuanto modo fundamental de adquirir el dominio³⁰⁰. Aunque no se alcanza la

²⁹⁶ De ahí que en materia de riesgos la regla *res perit emptori* coincida con al regla *res perit domino*. V. ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, cit., pgs. 196 y 197.

²⁹⁷ En Derecho español se mantiene la terminología —«los contratos se perfeccionan [...]» (art. 1258), «la venta se perfeccionará [...]» (art. 1450)—, pero con otra significación. Los supuestos de compraventa genérica o de compraventa condicional no se conciben como excepciones a la perfección de la compraventa, sino como excepciones a la regla del *periculum est emptoris*, v. ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, cit., pgs. 195 y 196.

²⁹⁸ Como hemos visto, en Derecho justiniano la *traditio* carece de una línea definitoria clara. No obstante, la teoría de la transmisión del dominio por el consentimiento de las partes trasciende como aquella que representa una pura consecuencia, un desarrollo lógico y natural del sistema de la *traditio ficta*, v. RICCOBONO, S., *Traditio ficta*, cit., pg. 262.

²⁹⁹ V. JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, I., y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, cit., pgs. 102 y ss.

³⁰⁰ Al parecer en Derecho francés subsistía un concepto antiguo de tradición con todo su valor de verdadero modo de adquirir el dominio, que se mantuvo junto al criterio de la transmisión de la propiedad por el solo consentimiento de las partes, y que obligó a la jurisprudencia a tratar de armonizar aquel principio de transmisión de la propiedad con el sentido que se ha de dar a la tradición o entrega de la cosa —v. MANRESA Y NAVARRO, *Comentario al Código Civil español*, t. X, cit., pgs. 120 y 121—.

También en el Ordenamiento galo es necesario poner la cosa a la disposición material del comprador, si bien, esta es una situación de mero hecho, ya que el ejercicio de las facultades dominicales por parte del adquirente no depende de ese traspaso material, puesto que ostenta dichas facultades desde que se prestó el consentimiento.

Frente a ello, el Derecho español ve la tradición como una auténtica obligación, no solo fáctica, sino también jurídica a cargo del vendedor, imprescindible tanto para el cumplimiento del contrato, como para que se produzcan los efectos jurídicos del dominio. Tal es el alcance de la tradición cuando esta interviene como complemento necesario de un contrato de finalidad traslativa, conforme a lo previsto en los arts. 609 y 1095 CC. Y ello con independencia de que se reconozca o no al vendedor la obligación de proporcionar al comprador la propiedad de lo vendido, pues una cosa es que la entrega por el vendedor

elaboración más acabada del Derecho alemán que independiza la *traditio* del negocio causal y la dota de autonomía propia³⁰¹.

Por otro lado, aunque los Derechos modernos ofrecen una doctrina acabada del contrato bilateral o sinalagmático, la configuración de estos contratos no deja de plantear problemas, y muy especialmente en los sistemas de compraventa traslativa. Cuando la compraventa se realiza mediante *traditio* la integridad jurídica de las obligaciones a cargo de ambas partes y, en especial, de la obligación de entrega del vendedor, por su trascendencia real (hasta que esta no se produce el comprador no puede ejercer sus facultades dominicales), aparece nítidamente delimitada. Sin embargo, en los sistemas de compraventa traslativa, desde el momento en que el comprador se convierte en propietario por el mero consentimiento de las partes, la obligación de entrega a cargo del vendedor, que carece de aquella trascendencia real (el comprador puede ejercer sus facultades dominicales aunque la entrega material no se haya producido), se desdibuja y casi desaparece. Esa falta de concreción de la obligación de entrega del vendedor parece ser el principal obstáculo para una concepción tradicional del contrato bilateral basada en la reciprocidad e interdependencia de las obligaciones³⁰².

En definitiva, el sistema especial de protección del vendedor al contado se ha mantenido hasta nuestros días allí donde parece ser más necesario, en los ordenamientos que regulan la compraventa traslativa. No obstante, aún en aquellos derechos constituye una excepción difícil de explicar, que se mantiene por inercia histórica.

sea necesaria para que el comprador adquiera la propiedad y otra, que el vendedor se obligue en todo caso a hacer propietario al comprador mediante la entrega. Ahora bien, en Derecho español la obligación de entrega tiene por sí misma una especial trascendencia, de tal manera que se puede entender, como regla general, que si el vendedor está obligado a entregar la cosa vendida y esta entrega es la que opera la transmisión de la propiedad, el vendedor está obligado a transmitir la propiedad. V. ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. II-1, undécima revisión por H. Lehmann; B. Pérez González y J. Alguer (trads., de la 35.^a edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas), Barcelona, 1933, pgs. 47 a 49. También, RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, cit., pg. 109 y ss.

³⁰¹ Si bien son admitidas la tradición simbólica y la tradición consensual, el Código Civil español ofrece una regulación de la obligación de entrega inspirada en el sistema de transferencia real —v. MENÉNDEZ, A., «La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa mercantil», cit., pg. 230—. Así, mientras que en Derecho francés parece, en principio, que el vendedor está obligado a proporcionar al comprador la propiedad de la cosa y en Derecho español a entregarla; en Derecho alemán, en cambio, conforme al par. 433 del *BGB*, puede afirmarse, sin lugar a dudas, que el vendedor «está obligado a entregar la cosa vendida y a proporcionar al comprador la propiedad de la misma», v. ROSENTHAL, H., *Bürgerliches Gesetzbuch*, Colonia-Berlín, 1953, pgs. 1158 y ss.

³⁰² Así, en aquellos Ordenamientos en los que la propiedad se transfiere por el mero consentimiento tienen su origen distintas concepciones en torno al contrato bilateral o sinalagmático dirigidas a ampliar su ámbito de eficacia hacia otras categorías jurídicas más o menos análogas a las bilaterales —v. gr., los conocidos como contratos bilaterales imperfectos o *ex post facto*—. En este contexto se encuadra la teoría del contrato con prestaciones respectivas del Derecho italiano, que entiende la reciprocidad, no como simultaneidad de obligaciones, sino como reciprocidad de atribuciones patrimoniales. V. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Tendencia modificadoras de la categoría del contrato bilateral*, cit., pgs. 454 y 455.

4.4.2. El Derecho mercantil: la «reivindicación especial» del vendedor de bienes muebles al contado

a. El Derecho de las Ordenanzas Consulares.

En principio, la concepción del Derecho castellano de Las Partidas es acogida en el ámbito mercantil. En la obra de los tratadistas queda constancia de que el «dueño o señor» de las cosas en poder del deudor es preferido a todos los demás acreedores, hallándose en tal situación las cosas en poder del deudor por virtud de «depósito, empréstito, comodato, arrendamiento, administración, tenencia, confianza, hurto y en otra cualquiera manera en que no se le transfirió el dominio». De modo que, entre los beneficiarios de dicha prelación por razón del dominio sobre la cosa se encuentra el vendedor al contado, aunque sea después de la entrega hecha al comprador, «pues hasta que se pague no se le transfiere el dominio». En cuanto al vendedor a plazo, tiene esa «prelación de dominio» antes de la tradición al comprador, y después de la tradición pierde dicha prelación, por transferirse por la entrega el dominio al comprador, y a no ser que en la venta se diga expresamente «que no se transfiere el dominio de lo vendido en el comprador hasta que se pague el precio». Dicha «prelación del dominio» permite el ejercicio de una acción de naturaleza real, en cuanto «el acreedor pretende derecho a los bienes del deudor por razón de su dominio» y «la acción sigue a la cosa»³⁰³.

Por su parte los consulados mercantiles de la época modifican en gran medida estas concepciones iusprivatistas.

Las Ordenanzas de Bilbao de 1737³⁰⁴, en relación con la práctica a observar en lo referente a mercaderías que no hayan sido satisfechas en todo o en parte, no distinguen entre ventas al contado y ventas a plazo, sino entre «mercancías en poder del quebrado» y «mercancías en viaje». Las primeras podían ser reclamadas por el vendedor cuando subsistieran en determinadas condiciones en poder del comprador³⁰⁵. Si las mercancías no se encontraban en poder del comprador-quebrado —v. gr., porque fueron vendidas a un tercero— no podían ser reclamadas y el vendedor solo tenía

³⁰³ V. DE HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Filipica*, vol. II, cap. XII, Madrid, 1825, pgs. 432 y ss.

³⁰⁴ Las cuales reciben tanto la influencia francesa —Ordenanzas de Luis XIV, del Comercio, de 1673, y de la Marina, de 1681—, cuanto la influencia de Las Partidas, en especial de la Partida V, Título XV. V. TORRES Y LÓPEZ, M., «El proceso de formación de las Ordenanzas de Bilbao», en *Las Ordenanzas de Bilbao*, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Bilbao, Bilbao, 1931; y DE BENITO, J. L., *Al servicio de nuestra tradición jurídica (la doctrina española de la quiebra)*, Madrid, 1930, pgs. 80 y ss.

³⁰⁵ Podían reclamarse tanto las mercancías aún enfardadas o embaladas, cuanto las que no se encuentren en esas condiciones, siempre y cuando subsistan en el estado en el que se hizo la entrega o fuesen identificables. Así se admite la reclamación de piezas de tela enteras, pero no de aquellas que hubieran sido empezadas, o la reclamación de mercaderías que resulten «conocidamente por los libros del quebrado» y no se hallen mezcladas con otras de la misma naturaleza. Si no se daban estas condiciones el vendedor no podía reclamar las mercancías y solo tenía los derechos de un acreedor concursal. V., Capítulo XVII, Números XXX, XXXV y XXXVI, de las Ordenanzas bilbaínas.

derecho en cuanto acreedor concursal³⁰⁶. El acreedor que pretende ejercer estos derechos debía acreditarlo y ser reconocido ante la junta de acreedores dentro de los plazos previstos³⁰⁷; en otro caso, si no viene reconocido por la junta por no reunir los requisitos exigidos para disfrutar de aquella preferencia, o por no haber exigido el pago de comprador en el tiempo establecido³⁰⁸, las mercancías entrarán a formar parte de la masa común del concurso³⁰⁹.

En cuanto a las mercancías que sin llegar a poder del quebrado «estuvieren navegando», se declara que, en caso de que no haya satisfecho su valor, han de entregarse «á la persona que representare al remitente enteramente, ó hasta la parte de ella que no se uviere hecho pago», y aunque el comprador tuviera en su poder los títulos representativos de las mismas —conocimientos de embarque o cartas de porte— o los hubiera cedido o endosado a terceros³¹⁰.

La influencia de las Ordenanzas bilbaínas se extiende y manifiesta en otros cuerpos de Ordenanzas similares que, a diferencia de aquellas, no llegaron a aplicarse de forma efectiva, pero que, igualmente, son objeto de estudio y serán tenidas en cuenta durante el proceso codificador mercantil. Las *Ordenanzas en cuatro Tratados que componen un Código, formado por encargo del Consulado de Cádiz por D. Jerónimo QUINTANILLA PÉREZ*, fechadas el 23 de septiembre de 1800³¹¹, se ocupan ampliamente de la situación del vendedor insatisfecho en el Tratado IV («de las materias comunes a toda clase de comerciantes marítimo y terrestre»), Título IV («del estado insolvente en los comerciantes; sea por atraso o falimento; naturaleza y efectos y

³⁰⁶ El precio obtenido de la venta al tercero entraba a formar parte de la masa de bienes del procedimiento, v. Capítulo XVII, Número XXX, de las Ordenanzas.

³⁰⁷ Capítulo XVII, Número XVI: «Los acreedores que tuvieren efectos existentes en la casa del fallido, así remitidos en comisión, como de propia cuenta, ó recibidos de otra mano, *yá sea por no haberse hecho cobrados de su importe*, ó *yá por otra causa*, intentaren tener derecho á ellos, deberán acudir á formar su pretension con recados justificativos; es á saber, los que furen de esta Villa, *dentro de ocho días primeros siguientes al en que se huviere hecho el embargo*, y Inventario de los Bienes, Libros y Papeles de la casa del fallido, y los Acreedores de fuera, dentro del término señalado en el número antecedente respectivamente, según las distancias de sus residencias, para que sobre ello se determine arreglado á la forma que adelante se contendrá; con apercibimiento, de que pasados dichos términos, si maliciosamente no acudieren, no tendrán recurso á los tales efectos existentes, sino que serán estimados los créditos de dichos Acreedores, como de masa común del concurso; y en él se les aplicará sueldo á libra, como á los demás personales la prorrata que les tocare».

³⁰⁸ El vendedor pierde el derecho de preferencia si no había demandado judicialmente el pago dentro de los seis meses siguientes al momento en que la deuda fuera exigible, Capítulo XVII, Número XXXIV: «[...] si después de cumplido el plazo á que se las vendió, y otros seis meses mas, no constare haverle demandado judicialmente su importe».

³⁰⁹ V. Capítulo XVII, Número X, de las Ordenanzas.

³¹⁰ V. Capítulo XVII, Número XXXI, de las Ordenanzas.

³¹¹ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid, 1993, pgs. 56 a 29, en especial, n. 76 a la pg. 56.

forma de proceder en ellos»), párrafo I («que sean quiebras y sus diferencias, clasificación de las operaciones últimas de los decoctos, determinaciones sobre ellas en justicia por lo que interesa a los acreedores y al bien público»), y en el Título VII («de la prelación y preferencia con que deben ser satisfechos los acreedores»). En ellas se establece que «la conservación del Dominio merece una total inmunidad, de modo que, quien lo retiene no deve confundirse ni numerarse aun con los Acreedores de mayor privilegio, pues en realidad no lo és, sino dueño de lo que pide, y por acaso un natural incidente del giro se encuentra en poder del Decocto. De esto se deduce, que las mercaderías, alhajas, u otra cosa, que por confianza, alguno haya puesto en poder del falido, no pertenecieran al Concurso, y podrá recogerlas, sin que tengan derecho alguno los interesados mas privilegiados de la Quiebra» —art. II, T. VII—. Entre esos «dueños» se enumeran los depositantes, comitentes, *vendedores al contado*³¹² y, excepcionalmente, *los vendedores a plazo*³¹³. Tanto si la venta es al contado como a plazo, los efectos o mercaderías no satisfechos en todo o en parte y que se encuentren íntegros en el patrimonio del comprador-quebrado podrán ser reclamados por el vendedor³¹⁴. Ahora bien, también aquí se distinguen los dos supuestos contemplados por las Ordenanzas bilbaínas: el de las mercancías en poder del quebrado³¹⁵ y el de las

³¹² T. VII, art. IV: «[...] si se contratò al contado, y no se hà satisfecho el precio por morosidad del Deudor comun; tendrà el que las vendiò el propio derecho declarado; porque no hubo traslacion de dominio, que ès la qualidad que debe inspeccionarse, y atenderse».

³¹³ En el T. VII, art. VII se dice: «la translación de dominio en las ventas al fiado segun expresa el artículo antecedente, es conforme a derecho, y lo adquiere el comprador inmediatamente; pero atendiendo a la costumbre general del comercio, a la buena fè de su principio universal, y aque el comerciante, que compra partida de cualquiera genero o frutos, no lo hace para su uso, sino para negociación, reventa y giro, y que este cesa por la presentación de quiebra, o manifestación de insolvencia; se declara, que los efectos, que se encuentren integros, y no pagados en todo o en parte, corresponderan al vendedor como si hubiesen sido vendidos al contado, y no satisfecho su precio».

También se refieren al vendedor a plazos el art. VI: «Aunque regularmente por toda venta al fiado o plazos se transfiere el Dominio, si la compra que hizo fuè con animo doloso de utilizarse de las mercaderias, de ocultarlas o ausentarse con ellas, probandose este fraude por el vendedor plenamente, o por acaecer la presentacion tres dias después de la compra, se estimarà esta como al contado, y el Dueño que vendiò con las inmunidades y derechos de tal, que quedan explicados»; y el art. V: «Sin embargo de que en las ventas al fiado se traslada el Dominio en virtud de convenio, sin la efectiva tradición del precio; en las de bienes raices, que assi se practican, suele reservarse el vendedor poniendose por clausula expresa en la Escritura, y declarandose en ella, el que compra por precario poseedor hasta el pago efectivo hipotecándolos especialmente a esta responsabilidad, en cuyas circunstancias, no hay translación de Dominio, y obraran las disposicones precedentes».

³¹⁴ T. VII, art. VIII: «Pueden ocurrir varias incidencias acerca de los generos, que se encuentren sin pagar en todo ù en parte en las casas del Decocto, pero supuesta la declaración, que precede se resolveran los casos particulares con arreglo a lo sancionado en el Titulo cuarto de este Tratado, Parrafo primero desde el articulo noventa al ciento cuatro ambos inclusos».

³¹⁵ Art. C: «Generalmente se establece, que todo vendedor, a quien no se hayan satisfecho en parte mercaderias, que se encuentren existentes en casa del Falido, o embarcadas por su cuenta, pero aun en Puerto, podra elegir, o el recobro de lo no pagado, o toda la cantidad, devolviendo lo que huviere recibido, y ademas los gastos, según queda sancionado». Del mismo modo, las Ordenanzas bilbaínas una vez aclarada «la practica que se ha de observar en lo tocante á Mercaderás que existen en las casas de los fallidos, y no estuvieren pagadas en todo, ó en parte á sus dueños», se refieren a «lo que se ha de hacer quando las de igual naturaleza se hallen embarcadas por los fallidos, en Navios que se mantienen en este Puerto al tiempo de declararse las quiebras, con destinos para otros [...]». La reclamación en este último

mercancías en viaje³¹⁶. No obstante, mientras que en las Ordenanzas de Bilbao la reclamación del vendedor no era eficaz frente a terceros, de manera que, si la mercancía era vendida por el quebrado a un tercero, el precio de la venta pasaba a integrar la masa común del concurso y el vendedor solo tenía derecho como acreedor concursal (Cap. XVII, Núm. XXX: «...pero si alguna parte de ellas fue vendida por el fallido, las ditas que de esto resultaren, entrarán en la masa comun del concurso, por haver pasado á tercera mano»); en las Ordenanzas gaditanas, en cambio, se prevé que el primer vendedor *in bonis* reclame las mercancías y efectos si existiesen o exija su total importe del comprador fraudulento, aunque este las tenga satisfechas al quebrado. La reclamación resulta así eficaz frente a un tercero de mala fe que adquirió del comprador-quebrado. La buena o mala fe del tercero es, por tanto, relevante para las Ordenanzas gaditanas, ya que conforme a la concepción iusprivatista que en ellas se mantiene la adquisición del tercero se produce *a non domino*, y en este tipo de adquisiciones la buena fe del tercero adquirente supone un límite al ejercicio de la «reivindicatoria»³¹⁷.

En último lugar, las Ordenanzas Consulares de Málaga, fechadas el 30 de junio de 1825, acogen una protección semejante para el vendedor insatisfecho³¹⁸. En estas, como en las de Bilbao, no solo no se distingue entre compraventas al contado y a plazo, sino que parece ser que el trato privilegiado a favor del vendedor insatisfecho adquiere pleno sentido precisamente en el caso de las ventas a crédito o a plazo³¹⁹. No obstante, se observan importantes diferencias entre las Ordenanzas malagueñas y aquellas otras Ordenanzas que les preceden en su elaboración. En las Ordenanzas de Málaga se prevé

caso se produce de forma semejante en las Ordenanzas bilbaínas, Números XXXIX, XL y XLI, y en las Ordenanzas gaditanas, arts. 95, 96, 97 y 99.

³¹⁶ Art. LXVIII: «Haviendo pedido el Falido algunos generos a otra Plaza dentro o fuera del Reyno, aunque efectivamente se hallen navegando y en su poder los conocimientos no estando satisfecho su valor no se juzgaran pertenencia suya, y havran de entregarse al Dueño legitimo, o Persona que de su orden remite».

³¹⁷ Art. LXXXVIII: «No existiendo los efectos comprados por el Falido de modo alguno, por haverlos enagenado, faltando a la buena fe del contrato, quedará el vendedor por su importe Acreedor del concurso en clase de personal o Escripturario, si hubiese precedido instrumento publico». Art. LXXXIX: «Si la venta de que habla el articulo antecedente se hubiese celebrado con individuo instruido en el estado de insolvencia en que se hallava quien la hacia, tendrá accion el primer vendedor, y dueño a recoger sus efectos si existiesen; o exigir su total importe del comprador fraudulento, aunque ete los tenga satisfechos al Falido».

³¹⁸ Arts. 1128 y ss, v., el anexo documental a la obra de CORDONES RAMÍREZ, M., y AURIOLES MARTÍN, A., *La quiebra en las Ordenanzas Consulares de Málaga*, Málaga, 1987, pgs. 217 y ss, también las explicaciones recogidas en las pgs. 170 y ss.

³¹⁹ Así, CORDONES RAMÍREZ y AURIOLES MARTÍN, en la explicación que ofrecen al derecho de separación a favor del vendedor, fundamentan un régimen de estas características, excepcional respecto de la teoría iusprivatista del título y del modo, en la necesidad de favorecer el crédito, como verdadero motor de la vida mercantil, protegiendo a quien lo concede en su actividad comercial —v. *La quiebra en las Ordenanzas Consulares de Málaga*, cit., pg. 170—. Del mismo modo, la regulación de los distintos supuestos en los diferentes cuerpos de ordenanzas, incluidas las gaditanas, permite deducir que sus redactores tenían en mente sobre todo las ventas a crédito, que son las predominantes en gran medida en el tráfico mercantil.

la posibilidad de que los síndicos retengan en beneficio de la masa las mercancías y paguen al dueño su valor al mismo precio que había contratado con el quebrado —art. 1129—. Además, en ellas se distinguen de manera inequívoca tres tipos de acreedores: los llamados «acreedores de dominio», los acreedores hipotecarios y los acreedores simplemente personales —art. 1115—. Entre los primeros se comprenden aquellos que conservan el dominio sobre «cualesquiera bienes, efectos o mercaderías que existen en poder del fallido por administración, depósito, comisión, arrendamiento o algún otro de los títulos que no transmiten la propiedad» —art. 1116—. Sin embargo, el vendedor insatisfecho no es incluido entre estos, sino que forma parte de los considerados acreedores hipotecarios, ya que se le tiene por titular de un derecho especial semejante al del acreedor hipotecario aunque carezca de escritura especial de hipoteca³²⁰. Tengamos en cuenta que para las ordenanzas malagueñas son acreedores hipotecarios «los que por las leyes y estas Ordenanzas se consideran como tales» —art. 1125-³²¹.

En definitiva, la Ordenación mercantil española presenta características propias. Las Ordenanzas bilbaínas contienen una regulación de la «reivindicación especial del vendedor» mucho más amplia que la recogida en el Código de Comercio francés de 1807³²². Con carácter general, las Ordenanzas admiten la reclamación por parte del vendedor de bienes muebles insatisfecho, sin distinguir entre las ventas al contado y a plazo, y no solo cuando las mercancías se hallan en poder y posesión del comprador, sino también cuando se hallan en viaje, aunque el comprador esté en posesión de los títulos representativos o los haya cedido o endosado. Ahora bien, aquella reclamación del vendedor se somete a una serie de exigencias que limitan en gran medida su alcance y eficacia.

Aunque en los textos estudiados se desconoce la expresión «reivindicación» parece fuera de toda duda que la reclamación del vendedor se funda en el dominio, pero no se concibe como una acción real ilimitada. A la necesidad de que las mercancías

³²⁰ Art. 1128: «Aunque no intervenga la escritura de especial hipoteca, la tiene el vendedor en los bienes o efectos vendidos al fallido y cuyo importe no se le hubiere pagado, siempre que existan en la casa o almacenes del fallido sin haberlos vendido a tercera persona. El vendedor deberá pagar antes los gastos que hubieren ocasionado dichos efectos y cualesquiera otra cantidad que legítimamente deba al fallido. Cuando los efectos estuviesen vendidos el importe pertenece a la masa, aunque al tiempo de la quiebra no estuviese satisfecha».

³²¹ En cualquier caso, y como acreedor con la consideración de hipotecario, el vendedor insatisfecho pierde su derecho especial «si pasado un mes después del día en que debió cobrar el precio, no hubiese demandado judicialmente al comprador para el pago, así como si prorroga el plazo señalado en el contrato de venta, en cuyos casos no queda al vendedor más acción que la personal» —art. 1140—, y «si dichos efectos se hubiesen mezclado o confundido de modo que hayan variado de naturaleza o no puedan cómodamente separarse» —art. 1141—.

En cuanto a los efectos embarcados por cuenta del fallido o existentes en cualquier punto consignados por cuenta del mismo fallido tendrá acción el vendedor que no cobró su importe para que se descarguen y se le devuelvan. V. arts. 1131, 1132 y 1133 de las Ordenanzas malagueñas.

³²² V. DE BENITO, J. L., *Al servicio de nuestra tradición jurídica (la doctrina española de la quiebra)*, cit., pg. 99.

subsistan en poder del quebrado en un estado en el que resulten identificables³²³ y de que el precio no haya sido pagado en todo o en parte³²⁴ se añaden otros requisitos por exigencias del tráfico comercial y del procedimiento concursal que actúan como límites frente a la reclamación. Inicialmente, el límite de la ineficacia de la reclamación frente a terceros de buena fe y, posteriormente, la posibilidad de que los síndicos retengan a beneficio de la masa dichos efectos pagando al dueño su valor al mismo precio contratado con el fallido. Junto a ello, el vendedor deberá tener en cuenta los requisitos procesales: debe haber demostrado una determinada diligencia reclamando judicialmente el pago del precio al comprador si su obligación ya había vencido y era exigible³²⁵; y debía acreditar su derecho y ser reconocido por los órganos del procedimiento.

La propia terminología empleada por las Ordenanzas pone de manifiesto que estamos ante acreedores que concurren al procedimiento y deben acreditar su derecho para ser reconocidos en tiempo y forma. De modo que estos pretendidos «dueños» no son ajenos al sistema de prelación, sino que más bien forman parte de una categoría

³²³ Del aforismo romano *extinctae res vindicari non possunt*, las *coutumes* francesas extraen el requisito de la «identidad de la mercancía», sobre el cual se hace difícil encontrar una normativa coherente. En principio, parece que este requisito debió articularse de forma rigurosa, de modo que permitiera una total certidumbre sobre la existencia de los bienes a los cuales se limita la reivindicación. Se considera la cosa como *périe* cuando ha sido cambiada de forma: «comme si de la laine vendue au avait du drap, ou que le bois fût changé en ouvrage, parce que mutata forma res perimitur». Las mercancías debían encontrarse *en nature* en poder del adquirente, esto es, en el *même état* en el que habían sido entregadas. En París, por ejemplo, el mero hecho de haber sido desembaladas y extraídas de los fardos o bultos impide al vendedor la reclamación de las mercancías. Ahora bien, los usos mercantiles no son ajenos al hecho de que el deudor podía impedir la reivindicación haciendo perder a la mercancía su estado primitivo. De manera que, si se demuestra que el comprador-quebrado de mala fe había desembalado las mercancías tras la quiebra, el vendedor podía ejercer su reclamación. También se admitía la reivindicación, aunque la mercancía hubiera sido transformada, cuando no podía haber duda sobre su origen —v. gr., porque el vendedor es el único proveedor del quebrado—. V. DUPOY, C., *Le droit des faillites en France avant le Code de Commerce*, París, 1960, pgs. 128 y ss; también, PLANIOL y RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, cit., pg. 570.

Las Ordenanzas españolas pretendían asegurar igualmente que la mercancía reclamada por el vendedor es la misma que había sido entregada al comprador, aun cuando este podía impedir la reivindicación haciendo perder a las mercancías su estado primitivo. Pueden reclamarse tanto las mercancías enfardadas o embaladas, cuanto las que no se encuentren en esas condiciones, siempre y cuando subsistan en el estado en el que se hizo la entrega —sin cambios de forma— o fuesen identificables —resulten conocidamente por los libros del quebrado y no se hallen mezcladas con otras de la misma naturaleza—, v. Ordenanzas de Bilbao, Cap. XVII, Números XXXV y XXXVI; Ordenanzas de Málaga, art. 1141.

³²⁴ V., sobre este requisito en el derecho de *coutumes*, DUPOY, C., *Le droit des faillites en France avant le Code de Commerce*, cit., pgs. 126 y 127.

³²⁵ Esta norma cumple una función semejante a aquella que en los códigos civiles de Francia e Italia imponen al vendedor al contado la obligación de ejercer su acción en un corto periodo de tiempo desde la entrega si quería conservar su derecho. En ambos casos se trata de constatar la trascendencia que para el vendedor tiene el cumplimiento del comprador y las circunstancias en torno al mismo. Si bien, hemos de tener en cuenta que en aquellos Ordenamientos, la norma parte de una diferencia de trato entre el vendedor al contado y el vendedor a plazo, mientras que en las Ordenanzas españolas ambos resultan igualmente protegidos.

especial de acreedores preferentes o privilegiados³²⁶. De la necesidad de reconocimiento por la junta surge la condición de acreedor del «dueño».

En principio, «dueño» era únicamente el vendedor al contado, pero no el vendedor a plazo. Una vez que la práctica mercantil exige extender al vendedor a plazo la protección de que gozaba el vendedor al contado, el derecho a reclamar las mercancías ya no puede venir fundado en el dominio. Así, las Ordenanzas malagueñas no incluyen al vendedor de bienes muebles insatisfecho entre los acreedores de dominio, sino entre los hipotecarios³²⁷. En estas Ordenanzas eran acreedores de dominio aquellos que conservaban su dominio sobre los bienes en poder del quebrado en base a *títulos que no transmiten la propiedad* —depósito, comisión, arrendamiento— (art. 1116). Los acreedores en función de contratos transmisivos del dominio —compraventa— habían de considerarse fuera de los acreedores de dominio y dentro de la categoría especial de los hipotecarios. Por tanto, el vendedor, ya hubiera contratado al contado o a plazo, disponía de un derecho real que lejos de estar fundado en la propiedad, es resultado del reconocimiento a su favor de una especie de hipoteca legal tácita sobre los bienes vendidos y no satisfechos, cuando subsistan en poder del comprador. Así, en las Ordenanzas malagueñas parece tener acogida aquella que denominábamos tesis garantista de la doctrina francesa —v., *supra*, 124—.

b. El Derecho codificado

Los Códigos de Comercio españoles recogerán solo en parte la tradición mercantilista, como ocurrió con la codificación en Francia. El Código de 1829 se hace eco de la terminología en torno a los «acreedores de dominio», pero incluye dentro de esta clase, tanto a los que son acreedores en función de contratos no transmisivos de la propiedad, cuanto al vendedor³²⁸. Ello conlleva una inevitable consecuencia: al volver a

³²⁶ Esta posición, dirigida a conseguir que esas acciones se realicen dentro de la quiebra, se aprecia ya, según RODRÍGUEZ, —v. *La separación de bienes en la quiebra*, cit., pgs. 43 a 47— en la obra de SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, L. I, Cap. XI, Lyon, 1665.

³²⁷ Con anterioridad, las Ordenanzas de Bilbao se habían referido a los dueños acreedores de las mercancías: Cap. XVII, Número XXXIV («ningun Acreedor será preferido en generos, ó Mercaderías que se hallen pertenecientes á él en la casa del fallido, si después de cumplido el plazo á que se las vendió, y otros seis meses mas, no constare haverle demandado judicialmente su importe») y Numero XXXV («se deberán bolver á sus dueños que fueren acreedores á ellas»).

³²⁸ De ahí la continua crítica que a partir de entonces se desarrolla en la doctrina por el empleo de aquella expresión: «[...] si bien es cierto que algunos de los que este artículo considera como acreedores de dominio son dueños, es también verdad que otros no lo son. Tal vez hubiera convenido hacer separación entre unos y otros, haciendo dos clases de los que aquí se comprende una sola: *los principios así lo exigen*, y podría de este modo desaparecer una frase que aplicada a los dueños no es exacta, porque no son acreedores, sino más que acreedores, señores de la cosa, y aplicada a los que no son dueños induce a formar la idea equivocada de que lo son». V. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y REUS Y GARCÍA, J., *Código de comercio anotado y concordado*, cit., pg. 483. Para este autor, ni por el depósito ni por la administración ni por el arrendamiento ni por el usufructo se transmite el dominio de las cosas; en cambio, por la compraventa no solo perfeccionada, sino también consumida con la entrega al comprador,

fundar la reclamación del vendedor en la propiedad, se hace preciso distinguir entre las ventas al contado y las ventas a plazo, sin que sea posible extender al vendedor a plazo la protección de que gozaba el vendedor al contado.

El sistema de protección a favor del vendedor de bienes muebles insatisfecho en las Ordenanzas mercantiles se caracterizaba porque distinguía entre las ventas sin expedición y las ventas con expedición. En las primeras, las mercancías podían ser reclamadas cuando se encontraran en poder del comprador-quebrado y fueran identificables. En las segundas, no era preciso que las mercancías llegaran a su poder para reclamarlas, sino que podían ser reclamadas en ruta. Frente a ello, el Código de Comercio de 1829 recoge la tradición iusprivatista basada en el dominio que permite reclamar al vendedor siempre y cuando mantenga la propiedad de las mercancías. Ello exige distinguir entre las ventas al contado y a plazo, ya que, mientras que el vendedor al contado mantiene la propiedad hasta el pago del precio, aunque haya habido entrega, el vendedor a plazo la pierde con la entrega material al comprador³²⁹.

Bajo la expresión «acreedores de dominio» el código regula una clase de «acreedores preferentes» —los de mayor preferencia, ya que la primera operación que habrá de realizarse antes de proceder al pago en sede concursal será la deducción de las pertenencias de los acreedores a título de dominio (art. 1115)—, y pretende que la razón de ser preferentes es la misma en todos los supuestos «el dominio». Unas veces la reclamación se produce en función de un contrato no transmisivo del dominio y, en tal caso, los «dueños» o los que exigen «en concepto de dueños» conforme a los requisitos generales —art. 1113— son reconocidos como «acreedores» en sede concursal; otras veces la reclamación se produce en función de un contrato transmisivo del dominio y, en tal caso, los «acreedores» conforme a los requisitos especiales —art. 1114. 8.º y 9.º— son reconocidos como «dueños» en sede concursal.

A esta concepción contribuyó sin duda el hecho de que, como vimos, los Códigos de Comercio españoles se aprueban vigentes Las Partidas y no el Código

se ha transmitido el dominio de lo vendido. No puede decirse que el vendedor es dueño, v., *idem*, pg. 484 y 488.

³²⁹ Así, GÓMEZ DE LA SERNA y REUS Y GARCÍA, —v. *Código de comercio anotado y concordado*, cit., pg. 488 y 489— consideran que «el que vende al contado lo hace bajo la inteligencia de que se le va á pagar el precio, y si bien esto no es una venta condicional, no deja por ello de ser justo el precepto del Código [art. 1114.8.º] en que partiendo de una especie de ficción legal por la que se supone continuado el dominio en el que lo perdió, impide que sean para la masa de acreedores los efectos á que el artículo se refiere». Mientras que el vendedor a plazo solo podrá reclamar las mercancías en tanto no se hubiese hecho la entrega material de ellas al comprador (art. 1114.9.º), «hé aquí por qué sin violentar las cosas se puede y debe considerársele como acreedor de dominio, pues que es dueño en el sentido legal de la palabra. Lo que se hace, pues, en este caso, es rescindir la venta en beneficio del vendedor para no obligarle á dar lo que es suyo sin ser debidamente satisfecho, lo que es de temer que se verifique en vista de la quiebra. No sucede lo mismo en el caso de que ya haya sido entregada la cosa vendida al quebrado; este ha adquirido su dominio y solo es responsable del precio, por lo que es un acreedor común que no puede alegar título ninguno de dominio».

Civil³³⁰. Por ello, aunque la doctrina española no es ajena a las críticas que se habían producido en otras legislaciones en torno a la reivindicatoria especial del vendedor al contado³³¹, el legislador mercantil español no hallará los obstáculos dogmáticos que se plantean en otros Ordenamientos, como el francés o el italiano.

Tras la entrada en vigor del Código Civil de 1889, que procede a una interpretación de aquellos preceptos de Las Partidas consecuente con un sistema de transmisión de la propiedad mediante *traditio*, decaen las razones históricas que permitían fundar en la propiedad la reclamación del vendedor al contado. Configurada en el Código Civil la compraventa como un contrato consensual (art. 1450) y establecido el sistema del título y del modo para la adquisición de la propiedad (art. 609), el vendedor transmite la cosa al comprador desde el mismo momento de la entrega. El pago del precio ya no es requisito para la transmisión de la propiedad, sino para el cumplimiento por el vendedor de su obligación de entrega y, de la misma manera que en el Derecho histórico si no se pagaba el precio o no se había señalado plazo para pagar, la propiedad no se entendía transmitida, en el Derecho actual si no se ha pagado el precio o no se ha señalado plazo para pagar el vendedor no está obligado a entregar la cosa (art. 1466 CC). Al mismo tiempo, si el vendedor quiso pactar otros parámetros para el cumplimiento y acreditar a su comprador, no cabe duda de que esa confianza decae cuando descubre que este es insolvente, de manera que el vendedor corre el riesgo de perder el precio, a no ser que el comprador restablezca la situación de confianza garantizando el pago en el plazo convenido (art. 1467 CC). Se trata de mecanismos de protección frente al riesgo de incumplimiento en las ventas al contado y a plazo, no de remedios ante el incumplimiento, el cual aún no se ha producido. Así, en un contrato con obligaciones recíprocas como la compraventa, la equidad permite presumir que el contratante no está dispuesto a cumplir si la contraparte no cumple a su vez conforme a lo acordado. De ahí la regla del cumplimiento simultáneo de las obligaciones que exige al vendedor de su obligación de entrega si el comprador no cumple. El Código Civil recoge en estas normas excepciones a la obligación de entrega por parte del vendedor que se producen de forma diferente según que la compraventa se haya pactado al contado o a plazo, y que para los contratos con obligaciones recíprocas constituyen la *exceptio inadimpleti contractus*. Esta configuración jurídica de la obligación de entrega del vendedor no fue posible en Derecho justinianeo ya que no se daban las condiciones para su elaboración, una doctrina acabada de la *traditio* que la conectara con el título que la originaba.

³³⁰ Así, al regular «la reivindicatoria especial del vendedor al contado insatisfecho», SAINZ DE ANDINO creyó responder más fielmente a los principios vigentes en el derecho común español. V., al respecto, GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Tratado de quiebras*, cit., pg. 112. Donde otros verán una *ficción legal* y una *violencia de las cosas*, este autor considera que «nuestro Código mercantil, *siguiendo más estrictamente el rigor de los principios*, no considera dueño al comprador al contado mientras no paga el precio, y concede la reivindicación al vendedor aun cuando le haga la entrega [...]». En cambio, el que compra al fiado adquiere el dominio de lo comprado con la entrega, de manera que si hubo entrega, el vendedor solo puede reclamar contra la masa por el precio y, si no hubo entrega, los síndicos podrán optar entre la rescisión del contrato o su cumplimiento.

³³¹ V. GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Tratado de quiebras*, cit., pg. 112.

Por todo ello, entendemos que el fundamento último de este mecanismo de defensa del vendedor al contado revestido de alcance real y subsistente en la codificación mercantil española tenía, sin embargo, una finalidad contractual dirigida a restituir al vendedor a la situación de garantía anterior a la entrega en la que podía negarse a cumplir si la otra parte no cumplía —la *exceptio doli* del Derecho romano—. En primer lugar, no creemos que se tratara de resolver una situación de incumplimiento, sino de proteger al vendedor ante el riesgo de un posible incumplimiento y la pérdida del precio y de la mercancía. El incumplimiento efectivo no se había producido y la insolvencia no conlleva en sí misma un incumplimiento, de modo que se permite al vendedor que no realice su obligación de entrega —ante el riesgo de perder el precio— (art. 1467 CC), pero no que resuelva el contrato (art. 1124 CC). En segundo lugar, si el comprador siempre puede cumplir u ofrecer el cumplimiento y procurar a su vez el cumplimiento del vendedor es porque el contrato subsiste, de modo que la sindicatura puede retener la mercancía o reclamarla para la masa, y pagar su precio al vendedor. En tercer lugar, el contrato se mantiene porque no se trata tanto de dar solución a una cuestión de titularidad de derechos sobre un bien, cuanto de resolver la situación en que se encuentra el contrato de compraventa cuando quiebra el comprador. De ahí que exista una identidad de razón entre la reclamación a favor del vendedor al contado y los remedios dispuestos para el vendedor a plazo, la «reivindicación» de las mercancías en ruta y el derecho de retención de las mercancías aún en su poder, por lo que, desde la perspectiva contractual, el fundamento de los tres mecanismos habrá de ser idéntico.

5. La protección del vendedor a plazos

En el Derecho español, el artículo 909.9 del Código de Comercio parecía tener un contenido amplio que abarcaba no solo la posibilidad de «reivindicar» las mercancías en ruta, sino todos aquellos supuestos en los que la posesión inmediata de las mercancías no correspondía ni al vendedor, ni al comprador, y se encontraban en poder de un tercero (comisionista, depositario o porteador). De modo que la norma contemplaba tanto la posibilidad de «separar» aquellas «mercaderías que el quebrado hubiere comprado al fiado mientras no se le hubiere hecho la entrega material de ellas», como «aquellas cuyos conocimientos o cartas de porte se hubieren remitido, después de cargadas, de orden y por cuenta y riesgo del comprador»³³². Sin embargo, a nuestro entender, ni la disposición del 909.9 era tan amplia, ya que en la práctica no creemos que la protección del vendedor insatisfecho precisara tal amplitud, ni el ámbito de aplicación de la «reivindicación» de las mercancías en tránsito tan reducido como a primera vista pudiera parecer. Si en ambos supuestos el límite de la «reivindicación» del vendedor se encontraba en la entrega material al comprador, y esa entrega material no tenía por qué coincidir con la posesión inmediata de las mercancías por el comprador quebrado, cuando el vendedor dispone de la posesión mediata de las mercancías, en tanto la posesión inmediata corresponde a un agente o representante suyo (v. gr.,

³³² V., al respecto, ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pgs. 324 y ss.

comisionista, depositario o porteador), el vendedor no habrá perdido el poder sobre los bienes y podrá retenerlos y evitar la entrega efectiva. Ahora bien, del mismo modo, habría entrega material aún en el supuesto de que la mercancía se hallara en poder de un tercero, poseedor inmediato y mediador en la posesión respecto del comprador, ya que en tal supuesto las mercancías se encontraban bajo el poder y disposición de aquel, aunque fuera de forma indirecta³³³.

Partiendo de estas consideraciones, no creemos que el artículo 909.9 regulara con carácter general los supuestos en los que se reconocía al vendedor el derecho de separación cuando las mercancías estaban en la posesión inmediata de un tercero y, de forma especial, aquellos casos en los que ese tercero era un porteador y las mercancías se encontraban en ruta. Consideramos que la norma, más acorde con el resto de Ordenamientos latinos, reconocía un «derecho de retención» a favor del vendedor que podría ejercer mientras conservara en su poder las mercancías, ya se encontrasen estas en su posesión mediata o inmediata, y, al mismo tiempo, un «derecho de reivindicación» de las mercancías en ruta que constituiría una excepción a la regla de la entrega material, al permitir que el vendedor «reivindique» aquellas mercancías cuyos títulos representativos ya se encuentran en poder del comprador y, por tanto, habiéndose convertido este en poseedor mediato de las mercancías por la transmisión de dichos documentos. Tal excepción se dirigiría a impedir la eficacia traslativa de los títulos del transporte.

En consecuencia, en nuestra opinión, el 909.9 no recogía tres posibilidades de separación: la que permitiría al vendedor retener las mercancías en su poder, la que le permitiría reclamarlas si se encontraban en poder de un tercero y la que le permitiría reclamarlas aún cuando los documentos del transporte se encontrasen en poder del comprador. Si consideramos que la entrega material no exige la posesión inmediata de las mercancías, las situaciones de conflicto serían esencialmente dos.

En la primera, si el vendedor tiene la posesión mediata o inmediata de la mercancía podrá ejercer su derecho de retención, hasta que dicha posesión haya pasado al comprador o a un agente o representante suyo, en cuyo caso, producida la entrega material al comprador, el vendedor solo podría reclamarlas en los supuestos de ventas al contado (art. 909.8 CCom).

³³³ En este sentido, ARIAS VARONA —*El derecho de separación en la quiebra*, cit., pg. 328— considera que aún cuando el vendedor hubiera especificado las mercancías y las tuviera en sus almacenes a disposición del comprador, no perdería su derecho de separación —v., también, MONTESSORI, R., *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, cit., pgs. 92 y 93—. Por tanto, para que el vendedor pierda su derecho de separación será preciso que cuando el comprador tenga la posesión mediata, la posesión inmediata corresponda a un tercero, agente o representante suyo, distinto del vendedor. No obstante, por un lado, no podemos olvidar que las partes siempre pueden atribuir a la puesta a disposición el valor de entrega y, por otro, consideramos que si el poder (mediato o inmediato) se considera subsistente en el vendedor, su derecho de separación no consistirá en reclamar las mercancías en ruta, sino en retenerlas en su poder y evitar la entrega.

En la segunda, si la transmisión al comprador de los documentos del transporte tiene los efectos de la entrega material, aunque las mercancías se encontraran en poder de un tercero independiente (porteador o transportista), dicha entrega habría de considerarse producida, y para que el vendedor pueda ejercer su reclamación será preciso dotarlo de un derecho de «reivindicación» especial de las mercancías en ruta. Aunque, a diferencia de otros Ordenamientos, el Código de Comercio español no hablaba de derecho de «reivindicación», por una parte no cabe duda del carácter excepcional de la norma respecto de la eficacia traslativa de los documentos del transporte y, por otra, el artículo 908 atribuye al vendedor reclamante el carácter de «legítimo dueño». Se hacen así evidentes las similitudes entre el sistema de protección del vendedor al contado insatisfecho y este sistema de protección del vendedor a plazo cuando las mercancías están siendo transportadas.

5.1. La «reivindicación» de las mercancías en ruta

Frente al Derecho francés (art. 576 *Code de Commerce*) e italiano (art. 804 *codice di commercio* 1882), donde el legislador reconocía expresamente un derecho de «reivindicación» de las mercancías *expedidas al quebrado*, el Derecho español no alude a la reclamación de las mercancías en ruta. No obstante, los autores han considerado que el supuesto de hecho de la norma exigiría la expedición de la mercancía, esto es, la concurrencia de un transporte que debía ejecutar un tercero independiente³³⁴. No obstante, la expedición podía plantear problemas frente al límite de la entrega material y, por tanto, a la hora de precisar el ámbito de aplicación de ese derecho de «reivindicación» frente al derecho de retención. En Derecho español ese ámbito no aparece bien delimitado en una norma que regula conjuntamente ambos derechos³³⁵. Por un lado, la entrega material parece configurarse como un límite para la retención, no para la reclamación de las mercancías en ruta, la cual puede extenderse más allá de la entrega material, incluso cuando los títulos del transporte se encuentran en poder del comprador. Por otro, si la entrega material no exige la posesión inmediata, aunque el vendedor hubiera expedido las mercancías al comprador, mientras estas o sus documentos no llegen a poder del comprador, aún podrían considerarse a disposición del vendedor, el cual ejercería válidamente su derecho de retención. De esta manera, la «reivindicación» de las mercancías en ruta se reduciría al supuesto en el que la expedición fuera acompañada de la transmisión regular de los documentos del transporte, ya que solo en tal caso se habría producido la entrega material al comprador. En aquellos supuestos en los que la expedición no fuera acompañada de la entrega al comprador de los documentos del transporte, la mercancía expedida aún podría considerarse bajo la disponibilidad del vendedor y este podría ejercer su derecho de retención. En el ámbito de los efectos obligatorios del contrato de compraventa

³³⁴ V., por todos, ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pgs. 329 y ss.

³³⁵ Mientras que en Francia y en Italia, el derecho de retención era objeto de regulación separada (arts. 577 y 805 de los respectivos códigos de comercio francés e italiano).

existente entre las partes, si los documentos representativos están en manos del vendedor y este figura como titular, el problema quedaría resuelto «por efecto de la extensión del derecho a negar la entrega, propio de cualquier relación sinalagmática y reconocido en el artículo 909 del Código de Comercio, en lo que habitualmente se llama de modo impropio el derecho de retención del vendedor»³³⁶.

En nuestra opinión, dentro de los Ordenamientos latinos, el Derecho español presentaba unas características propias, ya que frente a la extensión del derecho de retención, el derecho de «reivindicación» de las mercancías en ruta tiene un ámbito de aplicación más reducido y además limitado a las compraventas a plazo³³⁷.

En el supuesto normal de ejercicio del derecho de separación de las mercancías en ruta, estas habrían sido entregadas al porteador antes de la declaración judicial de quiebra, ya que en otro caso el vendedor las tendría en su poder y podría ejercer el derecho de retención. Sin embargo, podía ocurrir que las mercancías fueran entregadas al porteador después de la declaración de quiebra. En esta situación, se planteó si era posible entender que con su actuación el vendedor renunciaba a la posibilidad de reclamar las mercancías y optaba por la continuación del contrato y el sometimiento al

³³⁶ V. ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pg. 336.

Ante ello, la doctrina italiana, consciente de que el derecho de retención cesa en el momento en que comienza el imperio de la reivindicación —v., por todos, BONELLI, G., *Del fallimento (Commento al Codice di Commercio)*, vol. III, cit., pg. 595—, entendía que el legislador había excluido expresamente de la esfera del derecho de retención las mercancías expedidas al comprador, las cuales eran objeto de «reivindicación». A ello apuntaba el tenor literal de las normas, «le merci spedite al fallito [...] possono essere rivendicate» (art. 804 Código de Comercio italiano de 1882), también en Derecho francés: «pourront être revendiquées les marchandises expédiées au failli» (art. 576 C. de C. francés). V. MONTESSORI, R., *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, cit., pgs. 86 y 87. En este sentido, BONELLI —*Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, vol. III, cit., pg. 578, n. (14)— consideraba que con la expedición el vendedor habría cumplido por su parte todo lo necesario para que se llevara a cabo la entrega, de modo que era posible entender que había perdido la posesión de las mercancías aun cuando el comprador no las haya recibido. Aunque la ley le mantenga en la disponibilidad de los bienes frente al porteador, este no podría considerarse un representante suyo, sino un tercero independiente. De modo que, si bien no puede afirmarse que el vendedor reclame las mercancías frente al comprador, ya que tampoco se encontrarían bajo poder y disposición del comprador, sí puede decirse que *recupera la posesión* que había perdido.

³³⁷ La razón de ello probablemente se encuentre en que el Código de Comercio —art. 909.8— reconocía a favor del vendedor al contado insatisfecho en caso de quiebra del comprador, la facultad de reivindicar las mercancías en poder del quebrado en tanto subsistan en sus almacenes y sean identificables, mientras que en los demás Ordenamientos de su entorno, esa «reivindicación especial del vendedor al contado insatisfecho» quedó sin eficacia dentro del procedimiento concursal. Así, frente a la amplia protección de que gozaba el vendedor al contado, en las ventas a plazo la protección del vendedor tenía el límite de la entrega material, salvo el supuesto específico de las compraventas con expedición en las que se hubieran remitido al comprador los títulos del transporte, donde aun concurriendo la entrega material al comprador, el vendedor podía reclamar los bienes.

Ahora bien, la eficacia dentro del procedimiento concursal de esa reivindicatoria especial del vendedor al contado insatisfecho podría conducirnos a entender que si el vendedor puede lo más, esto es, reclamar las mercancías en poder del comprador mientras resulten identificables, también puede lo menos, es decir, retenerlas cuando se encuentran en su poder inmediato o mediato y reclamarlas cuando, no habiendo llegado a poder inmediato del comprador, este dispone de un poder mediato sobre los bienes por la posesión de los documentos del transporte. A pesar de la literalidad de las normas, nada impediría que los mecanismos de protección del vendedor a plazos pudieran ser ejercitados por el vendedor al contado.

dividendo concursal. La doctrina tradicional consideraba que el momento decisivo para la constatación del derecho era el de la declaración de quiebra, de modo que si la expedición tenía lugar después de ese momento y el vendedor ignoraba esta circunstancia, mantenía su derecho de «reivindicación». En cambio, si el vendedor no ignoraba la quiebra del comprador, ese hecho permitía entender que renunciaba a la reclamación y optaba por la continuación del contrato³³⁸.

La expedición conlleva también la existencia del transporte y, en consecuencia, la posibilidad de que el vendedor ejercite el derecho de contraorden o de disposición mientras tenga en su poder los títulos de tradición. El derecho de contraorden constituye un mecanismo propio del contrato de transporte en función del cual el cargador podría desistir del transporte, suspender su ejecución y solicitar la restitución de las mercancías. De modo que, desde la perspectiva de la ejecución del contrato de

³³⁸ V. ZIINO, M., *La rivendicazione nel fallimento*, cit., pg. 118; también, BONELLI, G., *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, vol. III, cit., pg. 596, n. (8).

Con la entrada en vigor de la *legge fallimentare* los autores tratan de buscar una solución más objetiva al problema. En la *legge fallimentare* se regula la posibilidad de recuperar la posesión de las cosas muebles no pagadas que hubieran sido expedidas al comprador antes de la declaración de quiebra de este, y que no estén aún a su disposición en el lugar de destino ni a disposición de otros que hubieran adquirido derechos sobre la misma (art. 75). Como vemos, la norma mantiene el ámbito de aplicación del derecho desde la expedición de las mercancías, si bien prescinde del término «reivindicación» y, siguiendo las tesis de BONELLI establece que el derecho se dirige a *riprenderne il possesso* —v., *supra*, n. 334—. De forma semejante, el art. 1519 del *codice civile*, que viene a sustituir al viejo art. 1513, ya no regula la «reivindicación» del vendedor al contado, sino un derecho de restitución de las mercancías que se funda en la posibilidad de *riprendere il possesso*. Pues bien, conforme al art. 75 *legge fallimentare*, los autores requerían que la expedición se hubiese hecho antes de la quiebra, ya que de haberse llevado a cabo después podría apreciarse la voluntad del vendedor de someter el contrato al régimen concursal (art. 72 *legge fallimentare* en su redacción anterior a las reforma operada por el d. legisl. n.º 5 de 9 de enero de 2006), si bien se admite la posibilidad de impugnar por error tal voluntad, v. FERRARA, E., *Il fallimento*, cit., pg. 340.

Por su parte, la jurisprudencia entendía que no se aplicaba el art. 75 *legge fallimentare* si las mercancías habían sido expedidas después de la declaración de quiebra. Ahora bien, si el vendedor ignoraba la apertura del procedimiento, la expedición no podía tener el significado de acto de ejecución contractual y el vendedor conservaba su derecho a recuperar la posesión de los bienes, para valerse de la excepción de incumplimiento contractual (art. 72 *legge fallimentare*, en relación con el art. 1460 *codice civile*) o, si el bien fue vendido, «reivindicar» lo obtenido con la venta. Al respecto, algún autor consideró que si el vendedor hubiera usado una diligencia ordinaria no habría podido ni debido ignorar la situación de quiebra del comprador, de modo que si entrega la mercancía no tiene porqué recibir un tratamiento más favorable que el que se dispensa en el procedimiento a los acreedores que han ejecutado su prestación el mismo día de la declaración de quiebra, ignorando —sin culpa— una realidad que no habrían podido conocer. V. DE MARTINO, V., *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti. Commentario teorico-pratico alla legge fallimentare*, Roma, 1970, pgs. 190 y 191.

En este sentido, se apuntó que si el vendedor dirige su reclamación frente al comprador, no parece posible presumir su intención de continuar con el contrato, en tanto que si la reclamación se dirige contra los síndicos sí podría deducirse aquella intención. Al mismo tiempo, también se prevé la posibilidad de tener en cuenta frente a quién se produce la ejecución del vendedor, según que la expedición se destinara a la sindicatura o al comprador, que habría sido privado por efecto de la quiebra de sus facultades de disposición y administración sobre los bienes, v. GUGLIELMUCCI, L., «Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», *Commentario Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1979, pgs. 220 y 221.

Conviene tener en cuenta que el art. 75 *legge fallimentare*, a diferencia de otras disposiciones en materia de efectos de la quiebra sobre las relaciones jurídicas preexistentes —v. gr., art. 72—, se ha mantenido inalterado tras la reforma introducida tanto por el d. legisl. n.º 35 de 14 de marzo de 2005, cuanto por el d. legisl. n.º 5 de 9 de enero de 2006.

compraventa, el derecho de contraorden tendría una importante función de garantía. El cargador-vendedor insatisfecho podrá entregar al porteador nuevas instrucciones con el fin de que las mercancías no sean remitidas al comprador hasta el pago del precio³³⁹. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el derecho de contraorden es un derecho derivado del contrato de transporte e independiente no solo de la relación de compraventa, sino también de la facultad que en la quiebra permite «reivindicar» las mercancías en ruta. En este sentido, conviene distinguir la posición del vendedor en el contrato de transporte y la posición del vendedor en la quiebra del comprador, ya que en este último supuesto, los Ordenamientos continentales han prescindido de la relación de transporte a la hora de establecer las garantías a favor del vendedor insatisfecho. Así, la reclamación del vendedor insatisfecho de las mercancías en ruta en caso de quiebra del comprador adquiere pleno sentido en la posibilidad de que el derecho se ejercite con posterioridad a la entrega documental, esto es, cuando ya no es posible ejercer la contraorden³⁴⁰.

Por otra parte, el derecho de «reivindicación» de las mercancías en ruta exigía que en el día de la declaración de quiebra las mercancías estuvieran siendo transportadas, de modo que el vendedor podía ejercer su reclamación tanto antes como después de su llegada al lugar de destino. Si en el momento de apertura del procedimiento de quiebra las mercancías se encontraban en ruta podían ser reivindicadas por el vendedor tanto si no habían llegado a poder del comprador³⁴¹, cuanto si ya habían llegado al lugar de destino y se encontraban en poder de la quiebra. Cuando concurrían los requisitos exigidos por la norma para el ejercicio del derecho,

³³⁹ V. RECALDE, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, cit., pgs. 224 y ss. Para este autor, ese derecho de contraorden dirigido a desistir del transporte y solicitar la restitución de las mercancías antes de su llegada a destino, no puede fundarse en el derecho de resolución, ni considerarse un supuesto de resolución unilateral del contrato, ya que el contrato de transporte subsiste con el deber de satisfacer los gastos derivados del cumplimiento de las nuevas órdenes recibidas por el porteador (art. 360 C. de C.). Se trataría únicamente de una facultad de modificar unilateralmente el contrato, manteniéndose la relación contractual de acuerdo con los esquemas pactados.

³⁴⁰ Para el ejercicio del derecho de contraorden es fundamental la presentación de los documentos del transporte, de modo que el vendedor debe tener la titularidad de los documentos. V. RECALDE, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, cit., pgs. 240 y ss. Además, el ejercicio de este derecho se atribuye al cargador, pero a un cargador que ha sido efectivamente parte en el contrato de transporte, y no a quien se ha limitado a ejecutar el acto material de entrega de la mercancía al porteador. De manera que, si el vendedor no puede considerarse parte en el contrato de transporte, no podrá interferir en este mediante el derecho de contraorden. V. RECALDE, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, cit., pgs. 229 y ss. No obstante, este autor se plantea la posibilidad de ampliar el ámbito de legitimación para el ejercicio del derecho de contraorden a favor del vendedor que no era parte en el contrato de transporte.

³⁴¹ Algún autor recogía la posibilidad de acudir al derecho de contraorden propio del contrato de transporte, cuando cargador y vendedor remitente fueran la misma persona, v. ZIINO, M., *La rivendicazione nel fallimento*, cit., pg. 197. A nuestro entender, con independencia de cuál fuera su posición en el contrato de transporte, lo importante desde el punto de vista del procedimiento concursal es que si mantenía la titularidad legítima de los documentos del transporte, podía ejercer su derecho de retención y, si la había perdido, podía recuperar la posesión de las mercancías, mediante la «reivindicación».

esto es, que las mercancías expedidas se encontraran en tránsito el día de la declaración judicial de quiebra, el hecho de que llegaran posteriormente a su lugar de destino no enervaba el derecho de reivindicación de las mercancías en ruta. De esta manera, el vendedor no estaba obligado a reivindicar las mercancías mientras durase el transporte y se reservaba la posibilidad de reivindicar frente a los órganos del procedimiento. La «reivindicación» puede producirse cuando las mercancías han sido entregadas al comprador o a su comisionista, a condición de que tal entrega se produzca después de la declaración de quiebra del comprador³⁴². En esta extensión del ámbito de aplicación de la reivindicación del vendedor se halla una diferencia fundamental con el *stoppage in transitu* del Derecho inglés, ejercitable únicamente en tanto las mercancías se encuentran en ruta.

De ahí que el derecho a «reivindicar» las mercancías en ruta no pueda reducirse al ámbito del derecho de contraorden ni considerarse coincidente con el *stoppage in transitu*. Así, la diferencia fundamental con este último instituto se centra en que el *stoppage* inglés puede ejercitarse tanto dentro como fuera del procedimiento concursal, pues se hace valer frente al porteador; en tanto que la posibilidad de «reivindicar» las mercancías en ruta, solo se preveía en los Derechos continentales dentro del procedimiento concursal y frente a los órganos de la quiebra. No obstante, no parece haber dudas en cuanto al hecho de que ambas figuras responden a las mismas necesidades³⁴³, esto es, favorecer la posición del vendedor insatisfecho, garantizándole el pago del precio, al permitirle que recupere la posesión de los bienes y, en definitiva, los mecanismos de defensa de los que gozaba antes de la entrega.

5.1.1. El «stoppage in transitu» del Derecho inglés

De forma análoga a la reivindicatoria continental, desde 1690³⁴⁴ comienza a abrirse paso en Derecho inglés una institución que llegó a extenderse por todo el continente, el *right of stoppage in transitu*. Este derecho se ejerce en las compraventas con expedición una vez que el comprador deviene insolvente. El vendedor insatisfecho que ha perdido la posesión de las mercancías, mientras estas se encuentran en viaje y

³⁴² V. BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, cit., pgs. 149 a 151; BONELLI, G., *Del fallimento*, (*Commento al codice di commercio*), vol. III, cit., pg. 579, n. (15); SUPINO, D., *La rivendicazione nel fallimento*, cit., pgs. 100 y 101; CUZZERI, E., «Del fallimento. Commento riveduto dal Prof. Antonio Cicu», cit., pgs. 511 y ss; y PERCEROU, J., *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, cit., pg. 465.

³⁴³ V. ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pg. 329.

³⁴⁴ Parece que la primera decisión en torno a este remedio procede de una resolución adoptada en 1690 en el caso *Wiseman vs. Vandeputt*. V. LANDFERMANN, «Auf den Spuren des Verfolgungsrecht. Par. 44 in historischer und rechtvergleichender Sicht», cit., pg. 529; y RECALDE, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, cit., pag. 183, n. 275; también, BENJAMIN, J. P., *Sale of goods*, Londres, 2006, pg. 905, n. 98. No obstante, la referencia a esta primera decisión presenta algunos problemas relativos a su fecha, ya que algún autor la sitúa en el 21 de marzo de 1670, v. SMITH, J. W., *A compendium of mercantile law*, Londres, 1865, pg. 549.

antes de ser entregadas al comprador, puede «parar el tránsito» con el fin de recuperar la posesión y retenerlas hasta el pago u ofrecimiento del precio.

Este mecanismo de tutela del vendedor insatisfecho se verá codificado por primera vez en la *Sale of Goods Act* de 1893 sin sufrir alteraciones sustanciales respecto de su configuración práctica, y subsiste en la sección 44 de la *Sale of Goods Act* de 1979³⁴⁵.

Como se ha puesto de manifiesto, a través del *stoppage* en muchos Ordenamientos continentales se restringe la tutela del vendedor en el ámbito del Derecho concursal, de tal modo que, «a partir de la influencia del *stoppage* inglés no podrá ejercitarse aquella reivindicatoria especial del derecho común, sino en los márgenes del *stoppage* y, por tanto, solo mientras las mercancías se encuentran *in transitu*»³⁴⁶.

³⁴⁵ Con arreglo a esta disposición «[...] when the buyer of goods becomes insolvent, the unpaid seller who has parted with the possession of the goods has the right of stopping them in transitu, that is to say, he may resume possession of the goods as long as they are in course of transit, and may retain them until payment or tender of the price».

Por su parte, en Derecho norteamericano, el *Uniform Commercial Code* de 1978 —arts. 2-702 y 2-705— dispone que el vendedor insatisfecho ante la insolvencia del comprador puede: rehusar la entrega, si las mercancías se encuentran en su poder; ejercer el *stoppage*, si las mercancías están en poder del porteador; y reclamar las mercancías dentro de un periodo de tiempo razonable, si se encuentran en poder del comprador.

³⁴⁶ V. RECALDE, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, cit., pgs. 187 y 188. Este autor pone de manifiesto que el *stoppage* se propagó en todo el continente a raíz de su influencia en el Código de Comercio francés de 1807. Otros, en cambio, afirman que el *stoppage* es una derivación de la «reivindicatoria concursal» existente en los Derechos continentales y adaptada al Derecho inglés, v. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*, cit., pg. 174, también BENJAMIN, J. P., *Sale of goods*, cit., pg. 905. En este sentido se ha apuntado que si bien cuando surgen en Francia las críticas a la reivindicatoria especial del Derecho común, con anterioridad a la redacción del Código de Comercio, se tuvo muy en cuenta la experiencia de otros Derechos extrajeros, lo cierto es que el Derecho continental no desconocía en el ámbito mercantil un derecho de reivindicación de las mercancías en ruta —v. Ordenanzas de Bilbao de 1737, *supra*, pgs. 137 y ss—, v. BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, cit., pg. 166, ns. 2 y pg. 182, n. 1 y 2. Por tanto, es probable que la influencia entre ambas instituciones fuera recíproca: por un lado, la llamada *reivindicatoria fuerte o reivindicatoria especial* del vendedor, aplicable a las ventas al contado, que históricamente fue la primera en aparecer, cuyo origen se remonta al Derecho romano, y de la cual pudo derivar la práctica inglesa del *stoppage*; por otro, *la forma débil o atenuada de la reivindicatoria concursal*, que bien pudo ser el resultado de una posterior influencia del *stoppage* en la reivindicatoria continental, con el fin de atenuar aquella reivindicatoria especial del Derecho común ante los problemas originados en la práctica y las exigencias del tráfico mercantil, v. BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, cit., pgs. 155 y ss. Esta idea de que el *stoppage* sirve de modelo para limitar en el ámbito del Derecho mercantil, en concreto, en el ámbito concursal, la amplia tutela de que goza el vendedor insatisfecho en el Derecho común se encuentra también en LANDFERMANN, «Auf den Spuren des Verfolgungsrechts. Par. 44 in historischer und rechtvergleichender Sicht», cit., pgs. 532 y 533. Ello ha conducido a entender que estas dos formas de reivindicatoria continental —la fuerte del Derecho común y la débil del Derecho especial— constituyen manifestaciones diversas de un mismo remedio, v. BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, cit., pg. 156. Un argumento que, en nuestra opinión, no solo milita a favor de la inaplicación de la reivindicatoria civil común al ámbito del Derecho concursal, sino que también permite reconducir tanto la reivindicatoria continental —en sus dos manifestaciones—, cuanto el *stoppage* inglés al Derecho romano y deducir de ambas una naturaleza semejante.

En consecuencia, tanto el *stoppage* como la «reivindicatoria» tienen la misma fundamentación y allá donde se aplican contrastan con los diferentes sistemas de transmisión de la propiedad y se enfrentan a los mecanismos legales que en los distintos Ordenamientos sirven de cauce a la insolvencia.

a. Requisitos y naturaleza del *stoppage*

En el *stoppage* se distinguen una serie de elementos subjetivos y objetivos que funcionan como requisitos para su ejercicio. Respecto de los sujetos, este instituto exige que nos hallemos ante un vendedor insatisfecho —*unpaid seller*—³⁴⁷, ya sea o no propietario³⁴⁸, o su agente. Al mismo tiempo, se requiere que el comprador sea insolvente, aunque la insolvencia no haya sido declarada judicialmente³⁴⁹.

Con relación a los bienes, se exige que las mercancías se encuentren en ruta, sin que hayan llegado a poder del comprador. De modo que, si el derecho subsiste durante el tiempo que los bienes se consideran en viaje, se hace preciso determinar qué se entiende por «tránsito» y en qué circunstancias habrá de considerarse concluido, precluyendo la posibilidad de ejercicio del *stoppage*³⁵⁰. El supuesto más frecuente es

³⁴⁷ La sección 38 de la *Sale of Goods Act* recoge una definición del *unpaid seller* que hace referencia a aquel vendedor a quien no se ha pagado u ofrecido el pago.

En la práctica este remedio tiene escasa aplicación debido a que en la mayor parte de las ventas con expedición se recurre a la intermediación bancaria y al pago contra documentos —crédito documentario— lo que hace muy difícil llenar el requisito del *unpaid seller*, v. LOWE, R., *Commercial Law*, Londres, 1983, pg. 174; ATIYAH, P. S., *The sale of goods*, Londres, 1990, pg. 442; y BENJAMIN, J. P., *Sale of goods*, cit., pgs. 906 y 907.

³⁴⁸ Porque los bienes sean propiedad de un tercero —v. gr., venta de cosa ajena o venta de cosa futura—, o porque la propiedad haya pasado ya al comprador.

La sección 39 de la *Sale of Goods Act*, cuando alude a los derechos del vendedor insatisfecho, le atribuye una serie de remedios sobre los bienes *a pesar de que* —*notwith standing*— «the property in the goods may have passed to the buyer». Por tanto, el ejercicio de estos derechos se produce en función de la *possession* no de la *property*:

(a) «A lien on the goods or right to retain them for the price “while he is in possession of them».

(b) «In case of insolvency of the buyer, a right of stopping the goods in transit after he has parted with the possession of them»

Caso de que la propiedad no haya pasado al comprador, el vendedor dispone además de un derecho de retención dirigido a evitar la entrega —*right of withholding delivery*—.

Esta sistemática pone de manifiesto la finalidad del instituto, dirigido a aminorar los riesgos que para el vendedor conlleva un sistema traslativo en virtud del cual es suficiente el acuerdo contractual para transmitir el dominio (s. 17 (1) de la Ley).

³⁴⁹ No basta con el incumplimiento del comprador, sino que se exige su incapacidad de pago, sin que sea necesario que concurra un *acto of bankruptcy*. Se trata de un mecanismo que se puede hacer valer tanto dentro como fuera del procedimiento concursal. V. LANDERFMANN, «Auf den Spuren des Verfolgungsrechts. Par. 44 in historischer und rechtvergleichender Sicht», cit., pg. 531; también, CHARLESWORTH, J., *Mercantile Law*, Londres, 1984, pg. 316; y RECALDE, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, cit., pg. 185, n. 280.

³⁵⁰ V., al respecto, la s. 45 de la *Sale of Goods Act* y el análisis de estas disposiciones en FRIDMAN, G. H. L., *Sale of Goods*, Londres, 1966, pgs. 268 a 271; y, especialmente, ATIYAH, P. S., *The sale of goods*, cit., pgs. 443 a 446, y BENJAMIN, J. P., *Sale of goods*, cit., pgs. 909 y ss.

aquel en que las mercancías se encuentran en ruta y en poder del porteador y el *stoppage* se ejerce mediante la notificación al mismo, por la que este debe «parar» el transporte y «restituir» los bienes al vendedor. Sin embargo, puede suceder que el porteador no sea un agente independiente del vendedor, en cuyo caso el «tránsito» no se consideraría iniciado y el vendedor aún podría ejercer su correspondiente derecho de retención —*lien*— (s. 41, 42 y 44 de la Ley); o bien que el porteador sea un agente —*agent for custody*— del comprador, de modo que el «tránsito» habría de considerarse concluido, aunque de hecho ni el viaje haya finalizado ni concurra la entrega material al propio comprador³⁵¹.

Con carácter general puede admitirse que el «tránsito» finaliza cuando el comprador obtiene los bienes, o bien el porteador reconoce que tiene los bienes por y en nombre del comprador, o el porteador, sin que concurra justificación alguna, deniega la entrega de los bienes al comprador. Así, el elemento fundamental del tránsito consiste en que las mercancías no se encuentren en poder del vendedor ni del comprador, sino de un porteador o transportista independiente³⁵².

Como el vendedor normalmente ejerce su derecho frente al porteador indicándole que detenga el transporte e instruyéndole para que restituya las mercancías —s. 46—, este remedio comprende no solo el derecho a impedir la entrega de las mercancías al comprador, sino también a ordenar la restitución al vendedor. Se generan así dos obligaciones fundamentales: una a cargo del vendedor, encaminada a proveer al porteador de las oportunas «instrucciones» en cuanto a la disposición y retorno de los bienes; otra, a cargo del porteador, relativa a la ejecución de las instrucciones procedentes del vendedor. Si el vendedor no cumple con su obligación, el porteador no será responsable de las consecuencias que de aquel incumplimiento pudieran derivarse. Además, si el porteador no sigue las instrucciones del vendedor puede incurrir en responsabilidad³⁵³.

³⁵¹ V. SMITH, J. W., *Compendium of mercantile law*, cit., pg. 554; y DAVIES, I., *Sale and supply of goods*, Londres, 1996, pg. 305. También, CHARLESWORTH, J., *Mercantile law*, cit., pgs. 316 y 317.

³⁵² En este sentido parece existir una patente contradicción con la s. 32 que asimila la entrega al porteador a la entrega efectiva al comprador. Por ello, los autores distinguen entre una *delivery possession actual* y una *delivery possession constructive*, que deriva de la interpretación conjunta de las secciones 32 y 45. Pendiente el transporte y, por tanto, ante la posibilidad de ejercicio del *stoppage* por parte del vendedor, el comprador tiene una *constructive possession* a través del porteador, y solo finalizado aquel y concluida la posibilidad de ejercicio del *stoppage*, el comprador adquiere la *actual possession*. V. ATIYAH, P. S., *The sale of goods*, cit., pg. 443; LOWE, R., *Commercial law*, cit., pg. 175; GOODE, R. M., *Proprietary rights and insolvency in sales transactions*, Londres, 1985, pg. 6; SMITH, K., y KEEMAN, D. J., *Essentials of mercantile law*, Canadá, 1973, pg. 157 y 158; y BENJAMIN, J. P., *Sale of goods*, cit., pg. 908.

³⁵³ V., al respecto, SMITH, J. W., *A compendium of mercantile law*, cit., pg. 557; FRIDMAN, G. H. L., *Sale of goods*, cit., pg. 273; ATIYAH, P. S., *The sale of goods*, cit., pg. 444; DAVIES, I., *Sale and supply of goods*, cit., pgs. 306 y 307; SMITH, K. KEEMAN, D. J., *Essentials of mercantile law*, cit., pg. 159; RECALDE, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, cit., pg. 191; y BENJAMIN, J. P., *Sale of goods*, cit., pgs. 920 y ss.

Ahora bien, hemos de tener en cuenta que en este tipo de compraventas se ponen en circulación una serie de documentos o títulos representativos de las mercancías cuya transmisión influirá de manera decisiva en las posibilidades de ejercicio del *stoppage*³⁵⁴. Como ocurría con la «reivindicatoria» continental, puede afirmarse que en derecho inglés el *stoppage* se ejercita incluso aunque se hayan transmitido estos documentos al comprador, lo cual supone la negación de su eficacia traslativa³⁵⁵. No obstante, si el comprador hubiera transmitido las mercancías a un tercero de buena fe mediante la entrega de los documentos, el vendedor no podrá ejercer el *stoppage* —s. 47— (en el mismo sentido los arts. 804 del *codice di commercio* y 576 del *Code de Commerce*). De manera que los títulos representativos de las mercancías emitidos con ocasión del transporte volverían a recuperar su eficacia traslativa. Sin embargo, en principio, no tendría por qué ser relevante la buena o mala fe del tercero, ya que adquirió *a domino*, es decir, de quien era propietario —el comprador—. En consecuencia, se trataría de una excepción al régimen general del Derecho común sobre transmisión de bienes muebles, que permitiría al vendedor ejercer su derecho de *stoppage* no solo frente a los demás acreedores del comprador, sino también frente a terceros adquirentes de mala fe³⁵⁶.

El *right of stoppage in transitu* originado en la costumbre mercantil³⁵⁷ y fundado en principios de estricta justicia³⁵⁸, gozó durante mucho tiempo de un importante trato de favor, lo que no impidió los debates en torno a su justificación en el sistema inglés de Derecho privado. Las discusiones doctrinales se centraron en el posible fundamento de la medida en la facultad de resolución del contrato y se impuso la opinión que consideraba que el *stoppage* no resuelve la venta —s.48 (1)³⁵⁹—, sino que se dirige a permitir que el vendedor recupere la *possession* de los bienes y los retenga hasta que el comprador pague u ofrezca pagar³⁶⁰.

³⁵⁴ A partir de un uso comercial ampliamente extendido, sobre todo a través de las ventas marítimas, se entendió que la entrega de estos títulos conllevaba la traslación del dominio de las mercancías en ellos documentadas. Sobre la eficacia traslativa de tales documentos, en especial del conocimiento de embarque, es imprescindible una genérica remisión a la obra de RECALDE, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*.

³⁵⁵ V. ATIYAH, P. S., *The sale of goods*, cit., pg. 446.

³⁵⁶ La regla que extingue el derecho del vendedor frente al tercero de buena fe que adquiere mediante la entrega de los títulos de tradición se remonta a la decisión judicial en el caso *Lickbarrow vs. Mason*, v. RECALDE, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, cit., pg. 197, n. 301.

³⁵⁷ V., entre otros, BENJAMIN, J. P., *Sale of goods*, cit., pg. 905.

³⁵⁸ V. FRIDMAN, G. H. L., *Sale of goods*, cit., pg. 267; y ATIYAH, P. S., *The sale of goods*, cit., pg. 442.

³⁵⁹ V. BENJAMIN, J. P., *Sale of goods*, cit., pg. 930 y ss.

³⁶⁰ Así se entendía que se trataba de un *equitable lien* adoptado por la Ley por exigencias de justicia a favor del vendedor y derivado de su *original ownership un dominion*. El comprador tenía la *property* pero su *possession* se veía frustrada por la situación de insolvencia y la falta de pago del precio. De tal modo que, solo podía obtener la *possession* si pagaba u ofrecía el pago. Asimismo, si se ejercía el *stoppage* una vez declarada la quiebra, el órgano de administración del procedimiento —*trustee*— podía ofrecer al vendedor el pago del precio. V. SMITH, J. W., *A compendium of mercantile law*, cit., pgs. 550 y 551;

La pronta transmisión de la propiedad en los sistemas de compraventa traslativa encierra un mayor peligro para la posición del vendedor³⁶¹. De ahí la necesidad de que se establezcan mecanismos de protección del vendedor³⁶² que, partiendo de la premisa de que la *property* ya había pasado al comprador, habrán de atenerse a la *possession*. Así, el paso de la *property* no atribuye al comprador de modo automático un derecho a la *possession*, especialmente si el comprador se encuentra con dificultades financieras³⁶³. El comprador insolvente solo podrá reclamar los bienes y el vendedor vendrá obligado a entregárselos si paga o está dispuesto a pagar el precio³⁶⁴.

Mientras el vendedor dispone de la *possession* de las mercancías su posición se ve protegida a través de un derecho a retener los bienes —*lien*— hasta el pago u ofrecimiento del precio —s. 41—, pero este derecho de retención se extingue cuando el vendedor entrega la mercancía al comprador o a un tercero para que la transporte —s. 43—. No obstante, cuando las mercancías se hallen en poder de un porteador o transportista, el vendedor resulta excepcionalmente protegido mediante el *stoppage* hasta que las mercancías lleguen a poder del comprador. El vendedor puede parar el transporte dirigiéndose al porteador y recuperar la *possession* de los bienes y, en definitiva, la protección del derecho de retención, ya que frente al comprador se hallará nuevamente en posición de poder rehusar el cumplimiento de su prestación hasta el pago del precio.

A nuestro modo de ver, no parece correcto entender que el *stoppage* se funda en la idea de evitar que los bienes de un sujeto se apliquen al pago de las deudas de otro, ya que este efecto se produce tanto si la medida resuelve el contrato, como si no lo resuelve, pues el *stoppage*, como el *lien* del vendedor, requieren no solo que el precio no haya sido pagado, sino que exista una incapacidad de pago del comprador, una situación de insolvencia, y puede ejercerse tanto dentro como fuera del procedimiento concursal. Además, lo que el vendedor recupera no es la *property*, sino la *possession* de los bienes. De modo que la medida no evita que los bienes de A se apliquen al pago de las deudas de B, ya que la *property* de los bienes corresponde a B, pero consigue que A mantenga un poder sobre los bienes vendidos que le privilegia para el cobro respecto del

FRIDMAN, G. H. L., *Sale of goods*, cit., pg. 273; DAVIES, I., *Sale and supply of goods*, cit., pg. 307; y, ATIYAH, P. S., *The sale of goods*, cit., pg. 449.

³⁶¹ V., por todos, GOODE, R.M., *Proprietary rights and insolvency in sales transactions*, cit., pg. 4. La transmisión de la *property* al comprador por el acuerdo, sin necesidad de que concurra entrega, permite al vendedor exigir el pago del precio, y, a menos que se acuerde otra cosa, a partir de ese momento, los riesgos de pérdida y deterioro de los bienes serán a cargo del comprador —*res perit domino*—. Desde la transferencia del dominio el comprador puede ejercer sus facultades dominicales y revender los bienes a un tercero sin incurrir en responsabilidad frente al vendedor, aunque no haya satisfecho el precio.

³⁶² V., estas ideas en BONELLI, G., *Del fallimento, (Commento al codice di commercio)*, cit., pg. 574.

³⁶³ V. GOODE, R. M., *Proprietary rights and insolvency in sales transactions*, cit., pgs. 5 y 6.

³⁶⁴ Así, la s. 28 de la *Sales of Goods Act*, establece que: «Unless otherwise agreed, delivery of the goods and payment of the price are concurrent conditions». V., por todos, LOWE, R., *Commercial law*, cit., pg. 127.

resto de acreedores de B, dispone de la garantía de la *possession* sobre los bienes. El *stoppage* «amplía» el poder del vendedor sobre los bienes durante el «tránsito» en el que las mercancías se encuentran en poder de un tercero independiente de los intereses contractuales de las partes, y permite al vendedor recuperar la *possession* y los derechos a ella ligados, como si nunca los hubiera perdido. El contrato subsiste inalterado y el comprador deberá cumplir si quiere evitar los efectos del *stoppage*.

En todo caso, de nuevo nos encontramos ante un remedio de carácter excepcional y privilegiado a favor del vendedor. Un recurso al que se ha atribuido naturaleza real, ya que si bien se dirige a restablecer la *possession*, no la *property*, se concede al vendedor en su condición de «propietario original», y es eficaz no solo frente a los acreedores del comprador insolvente, sino también frente a cualquier tercero adquirente de mala fe —y la distinción entre la buena o mala fe del tercero procede de una adquisición a *non domino*, no de una adquisición *a domino*—. El vendedor es tratado como un *secured creditor*, y los bienes se consideran como su *security*, hasta que hayan pasado a poder del comprador³⁶⁵. Se pone así de manifiesto la proximidad con la que hemos denominado «tesis garantista» del Derecho francés. El vendedor es un acreedor especialmente privilegiado que goza de una posición de garantía excepcional en función de las mercancías, pero no un propietario. Una fundamentación que si bien no está basada en la propiedad, tampoco abandona el ámbito de la protección real.

5.2. El «derecho de retención»: la excepción de incumplimiento contractual

El Código de Comercio español, a diferencia del Derecho francés (art. 577 *Code de Commerce*) o del Derecho italiano (art. 805 *codice di commercio* de 1882), no contemplaba de forma expresa la posibilidad de que el vendedor retuviera en su poder los bienes vendidos hasta el pago del precio. No obstante, este mecanismo de defensa del vendedor podía considerarse implícito en el artículo 909.9 del Código de Comercio, que, si bien solo se ocupaba del vendedor a plazos, no presentaba obstáculos que impidieran extender las facultades que en él se reconocían a los supuestos de ventas al contado. Si, como hemos visto, el vendedor tiene la posibilidad de reclamar los bienes cuando se encuentran en poder del comprador —«reivindicatoria especial» de las ventas al contado— y cuando se hallan en poder de un tercero-porteador, aunque se hubieran remitido al comprador los títulos representativos de las mercancías, parece que con mayor razón podrá retenerlos «mientras no se le hubiere hecho la entrega material», y tanto si la venta se contrató al contado como a plazos.

Ahora bien, no parece que se tratara de un derecho de retención en sentido estricto, sino mas bien de un derecho a suspender la ejecución de la obligación de entrega de la cosa hasta el pago del precio o la resolución del contrato. En nuestra opinión, es más riguroso considerar que nos encontraríamos ante una manifestación de

³⁶⁵ V. ATIYAH, P. S., *The sale of goods*, cit., pg. 442.

la *exceptio inadimpleti contractus*, regulada posteriormente para el contrato de compraventa en el Código Civil (arts. 1466 y 1467).

Según la concepción tradicional imperante en la codificación debería atribuirse a este derecho de retención de las mercancías a favor del vendedor insatisfecho una naturaleza jurídico-real, que le permitiría mantener los bienes en su poder en garantía del pago del precio y aunque se hubiera producido su entrega al comprador mediante la fórmula de la *traditio ficta* con la entrega de los títulos representativos de las mercancías³⁶⁶. Sin embargo, el derecho de retención es susceptible de abarcar situaciones muy diferentes, tanto en el ámbito del Código Civil³⁶⁷, como en el Código de Comercio³⁶⁸. Ello dificulta la determinación de su naturaleza jurídica y ha permitido

³⁶⁶ V. ARIAS VARONA, J. F., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pgs. 340 a 343.

³⁶⁷ «Tratando de establecer una nota o característica común, la doctrina ha definido el derecho de retención como aquella facultad concedida u otorgada por la ley a un acreedor, permitiéndole continuar en la detentación de una cosa más allá del tiempo en que debió entregarla a su deudor [...]», v. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, Pamplona, 2008, pgs. 473 y 474. En el mismo sentido, la jurisprudencia lo concibe como una facultad limitada y circunscrita al acreedor y al deudor, en cuanto medio de defensa y no privilegio. Medio de defensa, eso sí, que podrá operar contra cualquier persona que tenga causa del deudor por los gastos (STS 24-6-1941).

Ahora bien, son variadas y de diferente naturaleza las expresiones de este derecho en el Código. Frente a aquellos supuestos en que el derecho de retención únicamente faculta al poseedor de buena fe a negarse a la restitución de la cosa hasta que el crédito garantizado haya sido satisfecho, sin que suponga ningún derecho de realización del valor de la cosa para satisfacerse con su importe —v., arts. 453, 1600, 1780 y 1866, todos ellos en Bercovitz (coord.): *Comentarios al Código Civil*, Pamplona, 2006—; en otros supuestos el derecho de retención es algo más que eso, al permitir al acreedor reintegrarse con los productos, con lo que se aproxima a la anticresis —v., art. 502 CC, ROVIRA SUEIRO, M., «Arts. 491 a 512», en *Comentarios al Código Civil*, Navara, 2006, pg. 663—; o presenta una naturaleza discutida, y mientras que para algunos no confiere mas que la posibilidad de mantenerse en la posesión de la cosa, para otros incluye la facultad de reipersecutoriedad y de realización del valor del bien, v., arts. 522 y 1730, en los *Comentarios al Código Civil*, cit., pgs. 676 y 829.

Sobre el derecho de retención y la preferencia, v. LÓPEZ DE HARO, C., *El derecho de retención*, Madrid, 1921, pgs. 154 y ss.

³⁶⁸ En la legislación mercantil encontramos supuestos en los que el derecho de retención forma parte de un derecho de satisfacción preferente a favor del vendedor —art. 340 CCom—, del comisionista —art. 276 CCom— y del porteador —art. 375 CCom derogado por el vigente art. 40 LCT—. Se ha dicho que en estos casos el privilegio surge como consecuencia del perfeccionamiento de la retención como garantía real propia, ya que va acompañada de la facultad del acreedor de satisfacerse sobre el valor de la cosa retenida con eficacia frente a los demás acreedores del deudor. De ahí que se contemple la concurrencia de un derecho de prenda y no de un derecho de retención. V., por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1988, pg. 592. En el mismo sentido, el profesor GARRIDO —cit., pg. 115— considera que tales privilegios se aproximan a la prenda de manera notable, en cuanto *privilegios especiales mobiliarios de carácter posesorio* dirigidos a cubrir el déficit de tutela que puedan presentar acreedores con relaciones contractuales con el deudor, y en los que el derecho de retención formaría parte del privilegio en la medida en que el acreedor vincula el bien objeto del mismo al ejercicio de su derecho de crédito preferente. Así, el Código de Comercio confiere al vendedor la preferencia mientras las mercancías se hallen en su poder, el privilegio posesorio del porteador se ve igualmente reforzado por un derecho de retención, ya que será efectivo mientras los bienes transportados se encuentren en poder del porteador, y el comisionista no dispone solo de un derecho de retención, sino de un derecho de preferencia relativo al producto de la venta de los bienes objeto de la comisión. Junto a estos, los privilegios marítimos (arts. 704, 842 y 868 CCom) se basan en la idea de otorgar preferencia a quien realiza alguna prestación en favor de la continuación o terminación del viaje. V. GARRIDO, J. M., cit., pgs. 431, 434, 436, 459 a 464.

el debate en torno a su carácter real o personal, según que se le atribuya eficacia *erga omnes*, o bien solo inter-partes, sin faltar quienes desde una posición intermedia le reconocen una naturaleza mixta o *sui generis*, en cuanto no constituiría un derecho autónomo e independiente, sino una facultad conferida al acreedor que se ejercería rehusando la restitución. De ahí que se haga valer vía excepción frente a la pretensión de restitución por parte del deudor. Como tal excepción podría ser opuesta frente a todo aquel que reclame la restitución, ya sea el deudor o cualquier posible tercer adquirente, pero no originaría la posibilidad de reipersecutoriedad propia de los derechos reales, ya que el titular del derecho de retención puede retener la cosa, pero no recuperarla si ha pasado a manos de un tercero. Esta interpretación permite configurar la facultad de retención como una situación de hecho que se basa en la tenencia de la cosa, ya que solo puede tenerse lo que se posee. Por otra parte, impide su eficacia frente a los demás acreedores del deudor. De tal manera que, en caso de concurso o quiebra del deudor, el titular del derecho de retención solo se vería protegido si su derecho va acompañado de la facultad de satisfacerse sobre el valor de la cosa retenida con preferencia frente a los demás acreedores del deudor; y de no ser así, el crédito del retentor recibirá el tratamiento de crédito ordinario³⁶⁹.

Ahora bien, a pesar de esa falta de unidad conceptual entre las diversas manifestaciones del derecho de retención y la ausencia de una disciplina general del instituto, no puede excluirse su función de garantía, en la medida en que la retención de la cosa hasta la satisfacción del crédito conlleva una forma de coacción al deudor y se dirige a asegurar el cumplimiento de la obligación. Si, además, la cosa es propiedad del deudor, mientras dura la retención y en cuanto garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas por este, los demás acreedores se verían privados de ella. Aunque sería discutible que el derecho de retención pudiera ser opuesto a la masa concursal una vez declarada la quiebra o concurso del propietario de la cosa retenida, ya que dicha facultad debe ir acompañada de un poder de realización del valor de los bienes que permita al acreedor-retentor resarcirse de su crédito con el producto obtenido para que nos encontremos ante una verdadera garantía real en sentido propio³⁷⁰. De modo que, cuando el derecho de retención se mantiene dentro de los límites de su función originaria, que se satisface con la detención por parte del acreedor de la cosa del deudor hasta que este pague, nos hallamos ante formas de garantía impropia.

Por otro lado, la facultad concedida al vendedor *in bonis* e insatisfecho de no cumplir su prestación, reteniendo en su poder las mercancías hasta que la otra parte cumpla u ofrezca el cumplimiento, se asemeja más a la excepción de incumplimiento contractual que a cualquiera de las formas específicas de derecho de retención. No

³⁶⁹ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, cit., pgs. 592 y 593; y GARRIDO, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, cit., pg. 71.

³⁷⁰ V. GARRIDO, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, cit., pgs. 71 a 73. También, MONTESSORI, R., *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, cit., pgs. 39 y ss. Este autor expone de qué manera la evolución histórica del instituto ha puesto de manifiesto su función de garantía.

obstante las similitudes existentes entre ambas figuras, en tanto la *exceptio* presupone la existencia de una relación obligatoria sinalagmática y, en consecuencia, de un vínculo de reciprocidad entre dos obligaciones, en el derecho de retención la conexión existente entre la obligación de restitución del acreedor y la obligación de reembolso del deudor no es propiamente sinalagmática³⁷¹. Ello no impide atribuir tanto a la *exceptio* como al derecho de retención una finalidad de garantía, en la medida en que ambos remedios se dirigen a procurar el cumplimiento del deudor actuando sobre la cosa en poder del acreedor, de tal manera que el derecho se pierde si el retentor entrega la cosa³⁷². De hecho, si tenemos en cuenta la facultad atribuida al comprador a plazo de afianzar el pago (art. 1467 CC), lo que le permitiría exigir la entrega aunque se encuentre en situación de insolvencia, la finalidad de garantía de la *exceptio* aparece con mayor claridad³⁷³. Ahora bien, la facultad atribuida a la sindicatura de sustituir al quebrado en el contrato asumiendo con cargo a la masa las obligaciones derivadas del mismo, otorga a este derecho del vendedor unas características propias, ya que su función de garantía se verá muy limitada, pues no puede decirse que sirva a los fines coercitivos. El deudor no puede verse compelido a cumplir, puesto que no se trata de un comprador

³⁷¹ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, cit., pg. 590. En este sentido se ha mantenido que si bien tanto la *exceptio* como el derecho de retención se fundan en la conexión entre dos obligaciones, dicha conexión tiene una causa diferente en cada caso. En la *exceptio* presenta una naturaleza personal, pues se trataría de una facultad derivada del contrato. En el derecho de retención, en cambio, alcanzaría efectos reales, en cuanto se funda en el derecho a mantener la detención de una cosa del deudor que aparece conectada al crédito. Dado que en el contrato bilateral las obligaciones tienen carácter recíproco, de modo que la obligación asumida por una parte encuentra su causa en la obligación de la contraparte, la negativa a cumplir por parte del deudor tendría como consecuencia la resolución del contrato. De tal manera que la *exceptio* tendría su prolongación natural en la facultad de resolución por incumplimiento (art. 1124 CC). Sin embargo, en el derecho de retención, ante la negativa del deudor a cumplir, el acreedor solo puede persistir en la posesión y tratar de buscar en el valor de cambio de la cosa una pronta satisfacción de su crédito. Así, el derecho de retención solo persigue la satisfacción directa y rápida del crédito, no obstante la falta de cumplimiento del deudor. V. MONTESSORI, R., *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, cit., pgs. 34 a 39.

³⁷² Así, el vendedor insatisfecho pierde su derecho de retención en el momento en que entran en funcionamiento las formas especiales de reivindicación concursal («reivindicatoria» del vendedor al contado y *stoppage*). De modo que el vendedor retiene mientras no ha expedido las mercancías o no las ha entregado al comprador. V., por todos, BONELLI, G., *Del Fallimento (Commento al codice di commercio)*, vol. III, cit., pg. 595.

³⁷³ V. MONTESSORI, R., *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, cit., pg. 79.

En la doctrina no han faltado quienes, atendiendo al fundamento de equidad que se encuentra en la base de estas figuras, consideran el derecho de retención y la facultad de resolución por incumplimiento dos remedios derivados de la *exceptio inadimpleti contractus*, que se justificarían en el principio de ejecución simultánea de las obligaciones recíprocas. V. BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS, P., *El derecho de retención en el Código Civil*, Salamanca, 1955, pg. 95; y MONTESSORI, R., *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, cit., pg. 35, n. (2). Otros, en cambio, establecen la diferencia entre una retención legal propia y una retención contractual impropia, identificando esta última con la excepción de incumplimiento contractual en sus dos manifestaciones, para las ventas al contado —art. 1466 CC— y para las ventas a plazo —art. 1467 CC—. Del mismo modo, atribuyen carácter impropio a la retención del comprador sobre el precio fundada en el artículo 1502 CC, ya que este derecho encuentra también su justificación en la bilateralidad del contrato. Si bien, su carácter impropio deriva al mismo tiempo del hecho de que la retención se ejerza sobre una cantidad de dinero, lo que convierte la norma en una excepción si consideramos que el derecho de retención no puede tener por objeto cosas fungibles. V. BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., *El derecho de retención en el Código Civil*, cit., pgs. 96 y 97.

incumplidor sino de un comprador insolvente, que no paga porque, en principio, su situación patrimonial no se lo permite. Si poca utilidad puede tener un mecanismo dirigido a presionar al deudor para que cumpla cuando debido a la quiebra queda desposeído de la gestión de su patrimonio, menor utilidad tendrá frente a los órganos concursales, que ni siquiera tienen obligación de cumplir frente al acreedor, y a quienes la ley faculta para asumir o no la contratación con cargo a la masa³⁷⁴. De modo que, si la facultad del vendedor de retener las mercancías en caso de quiebra del comprador no sirve para asegurar su crédito, su función parece limitarse a compeler a la sindicatura a que se decida en torno a la suerte del contrato. La finalidad de garantía del instituto se dirigiría, por tanto, a mitigar el riesgo de que, ante la situación de insolvencia del comprador, el vendedor pueda verse privado de la cosa y del precio. De esta manera, cuando la sindicatura no haga uso de la facultad de sustituir al quebrado en el contrato, el derecho del vendedor de retener la mercancía será sustituido por la posibilidad de resolver el contrato y recuperar la plena disponibilidad sobre los bienes.

En definitiva, en el caso del vendedor insatisfecho no puede hablarse de un derecho de retención subsistente en el acreedor hasta que el deudor satisfaga su crédito, sino de la facultad de suspender el cumplimiento de su prestación de entrega hasta que la sindicatura decida si sustituye o no al quebrado en la contratación. Facultad que se prolonga en la posibilidad de resolver el contrato si la sindicatura manifiesta su voluntad de no asumirlo o bien transcurre un plazo razonable sin que esta se pronuncie, y con el fin de evitar una situación prolongada de incertidumbre en la que el contrato estaría pendiente de cumplimiento por ambas partes. En este sentido, el ejercicio de la facultad de resolución podría compeler igualmente a la sindicatura a manifestar su intención de asumir el contrato con cargo a la masa y enervar la resolución.

6. La naturaleza jurídica de las «garantías» del vendedor insatisfecho

6.1. Un «sistema de tutela» de carácter excepcional

En la regulación de los derechos de separación del vendedor insatisfecho, el Ordenamiento español presentaba unas características propias que lo diferenciaban esencialmente del resto de Derechos codificados. En principio, mantenía la eficacia frente a los acreedores del comprador de la «reivindicatoria especial» en las compraventas al contado, que permitía al vendedor recuperar las mercancías cuya entrega material al comprador ya se hubiera producido. El hecho de que la codificación mercantil precediera en el tiempo a la civil facilitó la adopción de esta facultad, evitando los inconvenientes dogmáticos que se originarían más tarde con el sistema del título y del modo para la transmisión de la propiedad. Al mismo tiempo, establecía una clara diferencia de trato entre el vendedor al contado y el vendedor a plazo. En esta

³⁷⁴ V. MONTESSORI, R., *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, cit., pg. 103. También, GARRIDO, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, cit., pg. 73.

diferencia de tratamiento se encuentra el origen de los derechos de separación a favor del vendedor a plazo, que en otros Ordenamientos se extenderán también a las ventas al contado al suprimirse la eficacia en el procedimiento concursal de la «reivindicatoria especial» del vendedor al contado. Por su parte, el sistema español admitirá también a favor del vendedor en cualquier tipo de venta tanto la facultad de suspender la ejecución de la prestación y evitar la entrega material de las mercancías, como la facultad de reclamar las mercancías cuyos títulos de tradición hubieran sido remitidos al comprador, aunque la entrega material podía considerarse producida mediante la tradición simbólica. No obstante, mientras que para el vendedor a plazo parece que el límite se encontraba en la entrega material al comprador, para el vendedor al contado este límite no existía.

A nuestro modo de ver, si prescindimos de la perspectiva histórica, tan inadecuado puede resultar un análisis de estos mecanismos de defensa del vendedor fundado en la ejecución de la obligación de entrega, como en la posesión material del bien³⁷⁵. En el primer supuesto, si atendemos al grado de ejecución del contrato, no es posible distinguir el tratamiento dado a los bienes en tránsito cuando hubo cesión de los títulos representativos, del que se atribuía a los bienes entregados materialmente al comprador, ya que en ambos casos la obligación de entrega estaría plenamente cumplida. En el segundo caso, si atendemos a quién sea poseedor inmediato de los bienes cuando se declaró la quiebra, existirán igualmente dificultades para distinguir aquellos supuestos en los que los bienes pueden ser objeto de «reivindicación» cuando se encuentran en la posesión mediata del comprador que tiene en su poder los documentos del transporte, de aquellos supuestos en los que los bienes pueden ser objeto de «retención» cuando se encuentran en la posesión mediata del vendedor, ya que en ambos casos la posesión inmediata corresponde a un tercero independiente. Y es que si prescindimos de la perspectiva histórica, tan excepcional es la norma que permite al vendedor «reivindicar» las mercancías cuya tradición real se ha producido a favor del comprador, como aquella que le permite «reivindicar» las mercancías cuya tradición simbólica se ha producido a favor del comprador con la entrega de los títulos de tradición³⁷⁶, y esa excepcionalidad se produciría tanto en los sistemas de transmisión de la propiedad mediante *traditio*, cuanto en los sistemas de transmisión consensual de la propiedad³⁷⁷.

³⁷⁵ V. ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pgs. 342 y ss.

³⁷⁶ La identidad entre ambos remedios fue puesta de manifiesto por los autores, v., por todos, BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, cit., pg.190.

³⁷⁷ De ahí que, desde una perspectiva histórica, pueda parecer más lógico atender al grado de ejecución del contrato en lo que a la obligación de entrega se refiere, pues se podrían distinguir tres situaciones: en primer lugar, aquellas situaciones en las que la obligación de entrega existe pero no hay cumplimiento —*emptio contracta*— y el vendedor podría ejercer la *exceptio*. En segundo lugar, aquellas situaciones en las que hay cumplimiento —*emptio consumpta*— y el vendedor puede ejercitar la facultad de reclamar los bienes en tránsito cuando hubo cesión de los títulos representativos. Y, en tercer lugar, aquellas otras situaciones en las que no se dan las «condiciones» necesarias para cumplir —*emptio perfecta*— y el vendedor al contado puede «reivindicar» las mercancías aunque la entrega material se hubiera producido.

Por otra parte, estas facultades atribuidas al vendedor insatisfecho en caso de quiebra del comprador presentan una comunidad de resultado. Se dirigen a tutelar al vendedor reforzando su posición no solo dentro de la contratación, sino también frente al resto de acreedores del deudor. De modo que su finalidad es la misma: asegurar la satisfacción del vendedor. Desde esta perspectiva constituyen tanto una forma de garantía, cuanto un privilegio frente a aquellos acreedores que pudieran hallarse en una situación semejante. Ello confiere a estas normas un carácter excepcional, no solo dentro, sino también fuera del procedimiento concursal, que impediría en todo caso su interpretación extensiva o analógica. De ahí la necesidad de buscar una fundamentación jurídica que justificara su subsistencia, ya que, desaparecidas las necesidades de tutela del vendedor que se encuentran en su origen histórico, el anacronismo de las normas se hace evidente.

6.2. La tutela del vendedor como un mecanismo de recuperación de la posesión

En principio, es preciso descartar que la protección del vendedor insatisfecho, ya se despliegue dentro o fuera del procedimiento concursal, pudiera tener una fundamentación jurídico-real. Con arreglo a las disposiciones del Derecho común en materia de transmisión del dominio, no podría admitirse que la propiedad subsistiese en el vendedor, ni aun de forma ficticia³⁷⁸. Por tanto, el fundamento del sistema de protección del vendedor se hallaría en el ámbito contractual, si bien allí tampoco podría deducirse de la facultad de resolución del contrato atribuida por la ley al contratante cumplidor frente al incumplimiento de la contraparte, sino más bien de un derecho de «recuperación de la posesión», que constituiría una prolongación natural del derecho de retención reconocido al vendedor.

El derecho de resolución y el derecho a recuperar la posesión representaban las dos concepciones fundamentales en torno a la naturaleza jurídica de estos mecanismos de defensa del vendedor insatisfecho³⁷⁹. La teoría de la resolución por incumplimiento

³⁷⁸ De ficción legal por la que se supone continuado el dominio en el vendedor hablan GÓMEZ DE LA SERNA y REUS Y GARCÍA —v. *Código de comercio anotado y concordado*, cit. pg. 488— y SAGRERA TIZÓN, J. M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, cit., pg. 787. En el mismo sentido, PLANIOL y RIPERT —v. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, cit., pg. 569— apuntaban una derogación implícita de las normas sobre transmisión del dominio. También, al respecto, v. BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, cit., pg. 191.

Otros intentos de justificación consideraban la necesidad de sobreentender una cláusula de reserva de dominio implícita en el contrato —v. PERCEROU, J., *Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, cit., pg. 400— e, incluso, la posibilidad de presumir el fraude tras la declaración de quiebra, con el fin de anular el contrato —v. BONELLI, G., *Del fallimento, (Commento al codice di commercio)*, vol. III, cit., pg. 565, n. (1)—.

³⁷⁹ V., estas concepciones doctrinales en PLANIOL y RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, cit., pgs. 568 y 569; y, sobre todo, en las obras de RODRÍGUEZ Y RODRIGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*, cit., pgs. 156 y ss, el cual, fuera de estas opiniones, se adhiere a la tesis de la reivindicatoria útil —pgs. 83 y ss— y de BIGIAMI, W., —*La rivendicazione del venditore*, cit., pgs. 189 y ss— que suscribe la concepción en torno a la facultad de resolución por incumplimiento.

vigente durante mucho tiempo en Derecho francés³⁸⁰ fue desplazada por la teoría de la recuperación de la posesión predominante en la doctrina³⁸¹ y que parece haber tenido acogida en los textos legales (arts. 1519 *codice civile* y 75 *legge fallimentare*)³⁸².

En nuestra opinión, ambas concepciones presentan serios inconvenientes reproducidos y rebatidos incansablemente por sus principales defensores (en especial, BONELLI y BIGIAMI). El principal argumento a favor de la teoría que fundaba estos derechos del vendedor insatisfecho en la facultad de resolución del contrato se encontraba en la obligación, que la norma establecía a cargo del vendedor que ejercía la «reivindicación», de reembolsar a la masa concursal los anticipos recibidos y los gastos generados como consecuencia del transporte (arts. 576 *Code de Commerce* y 804 *codice civile*). Frente a ello, la teoría de la recuperación de la posesión trataba de compatibilizar el derecho del vendedor a recuperar la posesión y el derecho al reembolso de anticipos y gastos más acorde con un derecho de resolución y, así, consideraba que esos reembolsos no encontraban su fundamento en la dinámica de la restitución de las prestaciones propia de la resolución, sino en la dinámica que se originaba con la restitución del vendedor a la posición que ocupaba antes de la entrega. Ambos derechos se concebían independientes entre sí. La reclamación del vendedor tenía como consecuencia el reembolso, pues al colocar al deudor en la situación anterior a la entrega de las mercancías tales gastos y anticipos devenían sin causa. Con la recuperación de la posesión la relación contractual entraba en una situación de suspensión, de modo que si la sindicatura quería poner fin a esa incertidumbre podía demandar el reembolso de los

³⁸⁰ V. BONNICHON, E., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, cit., pgs. 195 y ss.

³⁸¹ En Francia, con una terminología un tanto equívoca, los autores hablan de un «derecho de reivindicación de la posesión», si bien aclaran que su alcance no es real, sino estrictamente personal. V. PERCEROU, J., *Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, cit., pg. 443; LYON-CAEN, CH. y RENAULT, L., *Manuel de droit commercial*, París, 1910, pg. 916; y KAYSER, P., «Le droit de résolution du vendeur de meubles non payé au cas de faillite de l'acheteur [...]», cit., pg. 197.

En Italia, frente los autores que mantienen el fundamento de estos sistemas de tutela del vendedor en la facultad de resolución, SUPINO, D., *La rivendicazione nel fallimento*, cit., pgs. 93 y ss, en especial, pgs. 94 y 97, y ZIINO, M., *La rivendicazione nel fallimento*, cit., pgs. 76 y ss; la mayoría acogen la concepción en torno a la recuperación de la posesión, v., CUZZERI, E., «Del fallimento. Commento riveduto dal Prof. Antonio Cicu», cit., pg. 508; BONELLI, G., *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, vol. III, cit., pg. 566 y ss; y MONTESSORI, R., *Il diritto di ritenzione nella materia commercial*, cit., pgs. 83 y 84, y *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, cit., pgs. 156 y ss.

En cuanto al Derecho español, ARIAS VARONA —*El derecho de separación en la quiebra*, cit., pg. 344— considera que la explicación más aceptable de estos derechos se encuentra «en la existencia de una previa resolución de la compraventa por razón del impago».

³⁸² No obstante, el hecho de que las normas hablen de *riprenderne el possesso*, no ha resuelto la problemática, ya que los autores consideran que si el vendedor puede recuperar la posesión «semprechè [...] il curatore non intenda farsi consegnare la cosa pagandone il prezzo integrale», es decir, siempre que la sindicatura no opte por asumir el contrato, subordinando el derecho del vendedor a la elección de la sindicatura entre la resolución y la continuación, parece más conforme a la regulación legal la opinión que considera que la efectiva *ripresa del possesso* presupone la resolución del contrato, v. GUGLIELMUCCI, L., «Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pgs. 211 a 214.

gastos y anticipos, y obligar así al vendedor a adoptar una decisión en torno a la continuación del contrato o a su resolución definitiva; y si la sindicatura no reclamaba los reembolsos, el vendedor podía a su vez ponerla en mora para que se decidiera sobre la suerte del contrato, ya que no vendría obligado a restituir los reembolsos y gastos si la sindicatura asumiese el contrato con cargo a la masa. Por otra parte, a ello se añadía que si la reclamación del vendedor se fundara en la resolución por incumplimiento los anticipos y gastos no tendrían que ser reembolsados, pues entrarían dentro de los daños exigibles con la resolución³⁸³.

La teoría de la resolución por incumplimiento presentaba dos inconvenientes difíciles de conciliar con el procedimiento concursal. En primer lugar, el ejercicio de esta facultad exige una situación de incumplimiento y la quiebra no puede identificarse con el incumplimiento, aunque solo sea por el hecho de que conlleva en sí todos los incumplimientos del deudor. De la misma manera que el incumplimiento no lleva aparejada una situación de quiebra, la quiebra no puede suponer una situación de incumplimiento. Además, no puede decirse que el deudor-quebrado incumple, ya que tras la declaración judicial de quiebra el deudor no puede cumplir al verse privado de las facultades de disposición y administración sobre sus bienes; y, si no puede cumplir, tampoco puede incumplir. Además, si bien es cierto que el cumplimiento en sede concursal no puede considerarse un verdadero y propio cumplimiento de la prestación debida, no cabe duda de que la finalidad del procedimiento concursal es procurar la satisfacción de los acreedores del deudor-quebrado, aunque sea dentro de los límites de la liquidación del patrimonio del deudor o del convenio entre el deudor y sus acreedores.

En segundo lugar, si la resolución pone fin al contrato, no vemos como sería posible conciliar la extinción de la relación contractual con la facultad que las normas atribuyen a la sindicatura de sustituir al quebrado en el contrato y satisfacer las obligaciones a su cargo como deudas de la masa³⁸⁴.

Sin embargo, la teoría de la recuperación de la posesión presentaba también serias dificultades, ya que parecían coexistir dos formas distintas de entender esa recuperación de la posesión. Una, propia de la doctrina francesa, que alude a la «reivindicación» de la posesión o del derecho de retención, y que parece deudora de la «reivindicatoria» tradicional. Otra, propia de la doctrina italiana, que se basa en una recuperación de la posesión fundada en el contrato y la ley, y que parece deudora del

³⁸³ V. BONELLI, G., *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, vol. III, cit., pg. 592 y ss. Para este autor el derecho de reembolso podía considerarse una consecuencia de la reconstrucción de la situación anterior a la entrega que ocasionaría la recuperación de la posesión. PERCEROU veía en este derecho de reembolso a favor de la masa una consecuencia excesivamente rigurosa si tenemos en cuenta que el contrato era resuelto por el «incumplimiento» del comprador. De modo que el vendedor podría compensar tales sumas con el crédito a su favor por los daños e intereses, v. *Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, cit., pg. 270.

³⁸⁴ V. BONELLI, G., *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, vol. III, cit., pg. 601 y ss.

stoppage inglés. Mientras que la primera se encontraría en el ámbito de las acciones reales, la segunda se hallaría en el contexto de las acciones personales. Sin embargo, si hay una recuperación material de los bienes que se dirige a restablecer el derecho de retención del vendedor, no cabe duda de que, aunque se hable de acción personal y el contrato no se resuelva, su alcance es real. Por otra parte, el principal inconveniente que plantea esta teoría se produce a la hora de determinar el procedimiento a seguir para reclamar la posesión de los bienes³⁸⁵.

6.3. Las especialidades del Derecho español: la recuperación de la facultad de suspensión de la ejecución frente a la quiebra

Con independencia de que en el Derecho histórico se tratara de dar respuesta a un problema de origen contractual, como era la necesidad de tutela del vendedor insatisfecho, lo cierto es que la solución adoptada tenía naturaleza real, ya que permitía al vendedor ejercer una reivindicatoria en sentido propio. Por tanto, parece que ninguna de las concepciones apuntadas en torno a la naturaleza jurídica de esos derechos del vendedor, ni siquiera la de la recuperación de la posesión, responde a los antecedentes históricos del instituto. No obstante, esta última concepción nos parece más adecuada desde el punto de vista de los efectos que genera sobre el contrato el ejercicio del derecho de separación del vendedor, aunque no creemos que pueda aplicarse en Derecho español tal y como fue formulada para el Derecho francés o el Derecho italiano. A partir de las especialidades propias del Ordenamiento español, podemos apreciar cómo el legislador no está tan predeterminado por la «reivindicatoria» tradicional propia de los sistemas latinos o por el *stoppage* inglés. Por una parte, prescinde del término «reivindicatoria» y, por otra, no necesita acudir al *stoppage* para limitar los derechos del vendedor a plazo, ya que siempre mantuvo dentro del ámbito concursal, y aplicable únicamente a las ventas al contado, la posibilidad de separar las mercancías cuya entrega material al comprador ya se hubiera producido. Al mismo tiempo, no contempla un derecho de retención en sentido estricto, ni una reivindicación de las mercancías expedidas al quebrado, ni aun un derecho del comprador al reembolso de lo anticipos y gastos por las mercancías cargadas de su orden y por su cuenta y riesgo. El Código de Comercio español solo regulaba la posibilidad de que el vendedor suspenda la entrega material de las mercancías o las separase aunque se hubieran remitido al comprador los títulos del transporte y establecía, además, una cláusula general (art. 908) conforme a la cual las mercancías «se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo reconocimiento de su derecho en junta de acreedores o en sentencia firme». A nuestro modo de ver, esta fórmula aleja el sistema de separación del Derecho español de los esquemas latinos, para acercarlo a la cláusula general del Derecho alemán, que se funda en el reconocimiento del derecho real o personal de que

³⁸⁵ V. BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, cit., pg. 27 y ss.

ARIAS VARONA —*El derecho de separación en la quiebra*, cit., pgs. 345 y 346— pone de manifiesto que en Derecho español el cauce para la reclamación de la posesión son los interdictos posesorios y su concepto no encaja en la acción contemplada, ya que presuponen la falta de derecho a la posesión de quien perjudica al poseedor legítimo.

es titular el separatista. El derecho de separación se dirige directamente a evitar que las mercancías entren en la masa activa del procedimiento y puedan aplicarse a la satisfacción de los acreedores, aunque de forma indirecta permitan a los titulares legítimos recuperar los bienes.

Así, desde la perspectiva del Derecho español, la teoría de la recuperación de la posesión presenta unas características propias. Cuando el vendedor ejerce su derecho de separación, obtiene el reconocimiento del derecho real o personal sobre los bienes, ya sea en junta de acreedores o en sentencia firme. Los bienes quedan a su disposición y no entran a formar parte de la masa activa del procedimiento, siempre que la sindicatura no decida pagar el precio y reclamarlos para la masa. La facultad de los órganos concursales de asumir el contrato funcionaría como un límite a la resolución por parte del contratante *in bonis*, nunca como un límite a la facultad del vendedor de suspender su ejecución y evitar que el bien entre en la masa activa hasta que la sindicatura adopte su decisión en torno al contrato. Solo si los órganos no optan por la asunción del contrato podrá el vendedor, si no lo hacen los síndicos, recurrir a la resolución una vez constatada la voluntad de la otra parte de no cumplir, de forma expresa o por actos concluyentes, esto es, o bien la sindicatura ha dejado pasar el tiempo sin decidirse, o bien no trata de enervar la resolución del contrato planteada por el vendedor ofreciendo el cumplimiento. Además, el vendedor no tendría que acudir expresamente a la resolución, le bastaría con perder la separación del bien pero reclamando su restitución.

En consecuencia, en la dinámica contractual, la única garantía que el ejercicio de la separación permite al vendedor frente a la facultad de sustitución de la sindicatura en los contratos sería la *exceptio* y no el derecho de retención³⁸⁶ ni el derecho de resolución. Por una parte, no cabe hablar de derecho de retención porque la entrega

³⁸⁶ ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pgs. 346 y ss. Este autor reconoce que la facultad de separación en el Derecho codificado iba inevitablemente unida a las garantías frente al incumplimiento de los contratos sinalagmáticos. Un tratamiento que quedaría oculto si se atendía únicamente a los derechos del vendedor directamente asociados al bien. De modo que la perspectiva jurídico-obligacional se vería desplazada por la perspectiva jurídico-real. Sin embargo, en nuestra opinión, y aunque el derecho de separación pueda explicarse en gran medida por las modificaciones que sufre el contrato subyacente en caso de quiebra de uno de los contratantes, no creemos que la ley lo someta a un tratamiento equivalente al contrato incumplido, al menos no inicialmente, ya que, aunque el presupuesto de las normas sea el impago por parte del comprador, hay que tener en cuenta que no puede hablarse de incumplimiento de la prestación hasta que la sindicatura rechaza el cumplimiento. Y ello porque antes de la resolución, el vendedor cuenta con la facultad de suspender la ejecución frente al concurso, una facultad que puede ejercer si su derecho de separación le permite recuperar ante la sindicatura la misma posición de garantía que ocupaba frente al comprador antes de que la entrega material de los bienes se hubiera producido. De ahí que el autor también rechace la posibilidad de que el vendedor recupere un derecho de retención del que solo dispondría si aún tuviera los bienes en su poder, y admite el ejercicio de la *exceptio*. Por otra parte, no creemos que las formas de *exceptio* contempladas en el CC (arts. 1466 y 1467) permitan presumir un futuro incumplimiento o un incumplimiento parcial. Ya que si nos atenemos al rigor de los principios, la situación de falta de cumplimiento de la obligación puede conducir tanto al incumplimiento efectivo y, en consecuencia, a la resolución, siempre que se den los requisitos que según la jurisprudencia permiten la concurrencia de un verdadero y propio incumplimiento, cuanto a la situación de retraso en el cumplimiento y, por tanto, a la mora específica en los casos de contratos con prestaciones recíprocas (art. 1100, último párrafo CC).

material al comprador ya se había producido, y la finalidad del vendedor ya no es forzar al comprador al cumplimiento, entre otras razones porque una vez declarada la quiebra no puede cumplir, sino forzar a la sindicatura a que decida cuál será la solución del contrato; de ahí que la separación del vendedor se dirija a evitar que las mercancías se apliquen a la satisfacción de los demás acreedores, y la ejecución que se suspende no es frente al comprador, sino frente a la quiebra, hasta que la sindicatura se decida. Por otra parte, el vendedor no puede ejercer la resolución y pedir la restitución de las mercancías porque no ha constatado el incumplimiento del contrato, pues si el deudor no puede cumplir, los síndicos sí pueden hacerlo. De modo que solo cuando se constate la voluntad de los síndicos de no cumplir sería posible recurrir al derecho de resolución.

Cabalmente, no tiene sentido que el vendedor pueda reclamar la restitución de la posesión de las mercancías cuando la sindicatura viene facultada para cumplir y se vería obligada a reclamarlas de nuevo. Como tampoco lo tiene que pueda resolver el contrato, cuando la sindicatura puede decidir que el interés del procedimiento exige su continuación. Además, si en este segundo supuesto, los órganos del procedimiento podrían enervar la resolución cumpliendo las obligaciones del quebrado a cargo de la masa, en el primero pueden enervar igualmente la recuperación de la posesión pagando el precio. De modo que tanto la teoría de la resolución, como la teoría de la recuperación de la posesión, nos conducirían a idénticos resultados. Por eso, no creemos que la tutela del vendedor venga fundada en la resolución ni en la recuperación de la posesión, en cuanto recuperación del derecho de retención, sino, más bien, en la recuperación de la facultad de suspensión de la ejecución frente a la quiebra. La tutela del vendedor *in bonis* a través de estas normas se ejerce prioritariamente mediante la facultad de suspender la ejecución de la prestación. Una facultad que el legislador reconoce tanto en la compraventa al contado (art. 1466 CC) como a plazo (art. 1467 CC) y que fundamenta el ejercicio de los derechos de separación del vendedor, al permitir el reconocimiento de los derechos del separatista en la contratación y mantener los bienes separados y fuera de la masa activa de la quiebra, aunque se encuentren en la posesión material del comprador³⁸⁷. Una vez se hayan puesto de manifiesto los derechos

³⁸⁷ARIAS VARONA, —v. *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pgs. 347 y ss—entiende que cuando «el vendedor ya cumplió la obligación de entrega y tuvo lugar la tradición del bien la separación va inevitablemente unida a la resolución del contrato». En nuestra opinión, el autor olvida que la dinámica de la contratación se produce dentro del derecho de separación, y que esto constituye una diferencia fundamental entre el ejercicio de la *exceptio* en el ámbito civil y en el ámbito mercantil, en concreto, dentro del procedimiento concursal. No creemos, como el mismo autor considera, que ambas puedan equipararse. Si bien la *exceptio* civil puede ejercerse cuando el vendedor se encuentra en situación de insolvencia (art. 1467 CC), una vez que el procedimiento concursal ya ha sido declarado, la facultad de excepción se ejerce a través del derecho de separación y, por tanto, no frente al comprador, sino frente a los órganos del procedimiento. Así, el derecho de separación permite que, aunque la entrega material al comprador ya se haya producido, el vendedor recupere frente a la sindicatura la posición de garantía que tenía antes de la entrega, e impida que las mercancías entren en la masa activa y queden *a su disposición* hasta que los síndicos manifiesten su voluntad de cumplir el contrato o, en otro caso, se produzca una situación de incumplimiento efectivo que permita resolver el contrato frente a la quiebra. Desde esta perspectiva, el derecho de separación no «paraliza» el contrato, sino que permite que la dinámica contractual se ejerza frente al procedimiento, no frente al comprador, y se desplace la decisión sobre el mismo a los síndicos, que son los únicos con facultades para decidir sobre la conveniencia de la contratación una vez que se ha producido la declaración judicial de quiebra.

y obligaciones de las partes en la contratación, si la sindicatura decide mantener el contrato, se producirá la entrega efectiva y los bienes entraran definitivamente en la masa; en otro caso, tanto los síndicos como el vendedor podrán resolverlo con la restitución de las prestaciones; y si no hay pronunciamiento ni de la parte *in bonis* ni de los síndicos en torno a la suerte del contrato, cualquiera de ellos puede poner en mora a la otra parte de forma expresa o por actos concluyentes, esto es, obrando por la resolución del contrato y reclamando la restitución de las mercancías, lo cual obligaría al otro contratante a decidirse por la continuación y se enervaría así la resolución.

En definitiva, el derecho de retención queda fuera de la dinámica contractual, y el derecho de resolución solo puede admitirse con carácter secundario, en cuanto no se trata de una medida preventiva del incumplimiento, sino represiva. De ahí que frente al procedimiento concursal tropiece con el inconveniente de la justificación de ese incumplimiento. Por otra parte, si tanto el reconocimiento de la *exceptio* como la posibilidad de resolución, en cuanto medidas de protección del vendedor, dirigidas a garantizarle el cumplimiento, lo enfrentarían a los demás acreedores que en situación semejante dentro del concurso carecen de cualquier mecanismo de protección, lo cierto es que la facultad de resolución siempre chocará en mayor medida con el principio de paridad de trato, debido al alcance real de la restitución, mientras que la *exceptio* tiene un alcance puramente contractual.

Por todo ello, en Derecho español, la cuestión radica esencialmente en la forma de ejercicio del derecho de separación. Una separación de naturaleza real y alcance restitutorio solo podría venir fundada en la resolución, en tanto que una separación de naturaleza declarativa y alcance obligacional, puede fundarse en la posibilidad de suspender la ejecución hasta que la sindicatura decida la suerte del contrato. Si «el problema que realmente trata de resolver el derecho de separación no es tanto el de los derechos sobre el bien, sino el de la situación del contrato de compraventa cuando quiebra el comprador»³⁸⁸, tiene más sentido un derecho de separación fundado en la recuperación de la facultad de suspender la ejecución. Esta solución parece más acorde con el hecho de que se generalizara la posibilidad de que la masa retenga los derechos que pudieran corresponder al quebrado, sustituyéndole en el contrato y cumpliendo las obligaciones que del mismo se derivan (art. 908)³⁸⁹.

Del mismo modo que la posesión material del bien no podía explicar convenientemente la naturaleza de estos derechos atribuidos al vendedor, el cumplimiento de la obligación de entrega frente al comprador tampoco puede ser determinante de su naturaleza, una vez que, declarada la quiebra, el cumplimiento de la contraprestación por el comprador-quebrado no depende de su voluntad, sino de las necesidades del procedimiento. En otro caso, estaríamos anteponiendo el interés particular de un acreedor al interés general de todos los acreedores del quebrado. Es decir, estaríamos creando una excepción a la regla de la paridad de trato de los acreedores, que solo podría ser eficaz si contara con sanción legislativa y que, en todo caso, no podría interpretarse de forma extensiva para ser aplicada a los demás supuestos en los que el contrato estuviera pendiente de cumplimiento una vez declarada la quiebra.

³⁸⁸ ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, cit., pg. 354.

³⁸⁹ Así, cuando la *legge fallimentare* (art. 75) reconoce al vendedor un derecho a recuperar la posesión de las cosas muebles objeto de la venta una vez expedidas al comprador antes de la declaración de quiebra,

6.4. Las reglas deducibles del Derecho codificado para los contratos pendientes: la excepción de incumplimiento contractual y la facultad de sustitución de la sindicatura.- Las soluciones doctrinales

De los preceptos estudiados podían deducirse dos normas aplicables con carácter general a los contratos bilaterales en la quiebra: la facultad de la parte *in bonis* de suspender la ejecución de su prestación y la facultad de la sindicatura de sustituir al quebrado en el contrato y cumplir con cargo a la masa las prestaciones comprometidas³⁹⁰. Aunque se fraguan en la legislación especial mercantil, ambas reglas encuentran su fundamento en los principios generales de tutela del vínculo contractual y en la dinámica de los contratos con obligaciones recíprocas³⁹¹.

La doctrina española no ha tenido clara la diversidad de supuestos previstos en los apartados 8 y 9 del 909 del Código de Comercio. Mientras que para algunos se trataba de casos de resolución³⁹², otros diferenciaban los supuestos de reivindicación, del derecho de retención (más bien, *exceptio*)³⁹³. Sin embargo, ello no ha impedido a la generalidad de los autores considerar plenamente aplicable en el procedimiento de quiebra la garantía especial que supone la *exceptio*³⁹⁴. Frente a la exigencia de

en tanto no han llegado a su disposición en el lugar de destino, y siempre que la sindicatura no decida hacerse con los bienes pagando el precio, no está reconociendo al vendedor un derecho de separación, sino que está regulando los efectos de la quiebra sobre el contrato de compraventa con expedición, de modo que le otorga la posibilidad de resolver el contrato y recuperar los bienes, caso de que la sindicatura no decida su continuación. Por eso se trata de una disposición particular, que se dirige a regular de forma especial un supuesto concreto de restitución de mercancías no pagadas, frente a la regla general aplicable al contrato de compraventa pendiente de cumplimiento (art. 72). De forma semejante, los mecanismos de protección del vendedor fundados en la facultad de resolución, constituirían un supuesto especial de protección del vendedor insatisfecho, que quedaría al margen de toda regla general.

³⁹⁰ V., por todos, FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pg. 121.

³⁹¹ En este sentido, FÍNEZ RATÓN —*Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pg. 58— afirmaba que «suspensión de la relación jurídica y atribución de la facultad a los síndicos no son normas generales que hayan de buscarse al margen del contrato bilateral, ni derogan los principios básicos de este. Son, mas bien, manifestaciones de la tutela del crédito en un contrato bilateral sometido a la afección patrimonial que la quiebra determina».

³⁹² V. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, cit., pg. 100; y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, cit., pg. 92.

³⁹³ V. FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 117 y ss, en especial, pg. 118. También, RECALDE CASTELLS, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, Madrid, 1992, pgs. 188 y ss. Y BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002, pgs. 373 y ss.

³⁹⁴ Tanto en cuanto excepción de contrato no cumplido —*exceptio inadimpleti contractus*—, como en cuanto excepción de cumplimiento defectuoso —*exceptio non rite adimpleti contractus*—, v. GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pg. 322. También, BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, cit., pgs. 156 y 157, n. 12; FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pg. 62, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «La declaración judicial de quiebra como causa de denuncia del contrato de Agencia», *RDM*, 222, 1996, pgs. 1143 y ss, en especial, pg. 1155, y, de la misma autora *Las cláusulas*

cumplimiento íntegro de su prestación, la parte *in bonis* no estaba obligada a conformarse con el dividendo concursal, sino que contaba con la protección que le proporcionaba la facultad de suspender la ejecución hasta que los síndicos cumplieren u ofreciesen garantía de cumplimiento (arts. 1466 y 1467 CC). Esta facultad funcionaba como un límite para la sindicatura que, ante prestaciones de cumplimiento simultáneo, no puede exigir el cumplimiento de la contraparte si no asume la prestación comprometida por el quebrado. En este sentido se manifestaba la jurisprudencia al considerar que «si la representación de la masa de la quiebra no paga ni garantiza el pago, el otro contratante podrá oponerse al cumplimiento, toda vez que obligarle a la observancia íntegra de lo que le corresponde, cuando la otra parte por causa de su declaración de quiebra, no podrá hacerlo sino con sujeción a la ley del dividendo, rompe el equilibrio de las respectivas prestaciones». De modo que «si la sindicatura de la quiebra quiere intervenir en el contrato [...], haciendo de la obligación del quebrado una obligación de la masa, y sustraída, por tanto, a la ley de la quiebra, la parte «in bonis» no podrá oponerse, pero solo vendrá obligada al cumplimiento si la sindicatura presta estrictamente las obligaciones del quebrado o garantiza eficazmente su cumplimiento»³⁹⁵.

Ahora bien, al ser requerida por la sindicatura para cumplir, la parte *in bonis* no puede oponer la resolución por incumplimiento (art. 1124 CC)³⁹⁶. En principio, la exigencia del cumplimiento íntegro de la prestación pactada no puede ser enervada por la facultad resolutoria, ya que, por un lado, la parte *in bonis* no puede privar al patrimonio concursal del activo que representa el contrato pendiente y, por otro, porque no concurre aún el presupuesto de hecho para resolver el contrato. Es preciso que la sindicatura manifieste su decisión de no cumplir para que la parte *in bonis* pueda resolver el contrato³⁹⁷. Otra cosa es que, si la sindicatura permanece inoperante frente al

resolutorias por incumplimiento y la quiebra, cit., pg. 124; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, cit., pg. 84; y BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, cit., pg. 371.

³⁹⁵ El Tribunal considera que la posición aquí sustentada está avalada por los artículos 1124, 1129, 1467, 1500, 1503 y 1505 CC, v., la STS 29.4.2003 (R. 2815/97). El supuesto de hecho de la resolución recoge un contrato de compraventa de inmueble en caso de quiebra de la compradora, que estaba pendiente de ejecución al tiempo de declararse la quiebra, ya que el inmueble permanecía en poder del vendedor, no se había otorgado escritura pública y solo se había pagado una parte del precio. La sindicatura de la quiebra pretendía que se condenara al vendedor *in bonis* al otorgamiento de la escritura en tanto su crédito por el precio pendiente era reconocido en el procedimiento como un crédito ordinario.

³⁹⁶ A nuestro juicio, el contratante *in bonis* no puede optar entre cumplir, suspender el cumplimiento o pedir la resolución —v. BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, cit., pg. 157; y GARCÍA VILLAVARDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pg. 323—. Si la sindicatura reclama a la parte *in bonis* el cumplimiento, esta puede reaccionar mediante la excepción de no cumplimiento, y si la sindicatura permanece inactiva, puede provocar su decisión acudiendo al art. 1124 CC; fuera de ambos supuestos lo único que puede hacer es cumplir e insinuar su crédito como cualquier otro acreedor.

³⁹⁷ V. BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, cit., pgs. 368 y 369. En el mismo sentido, LOBATO entendía que «la quiebra no puede calificarse como un supuesto de imposibilidad de cumplir la prestación, ya que el contrato puede ser asumido por los órganos de la quiebra como deuda de la masa»

contrato, la parte *in bonis* pueda provocar que los síndicos se decidan recurriendo a la posibilidad de exigir el cumplimiento o la resolución³⁹⁸.

Por otro lado, el ejercicio de la excepción de incumplimiento no suspende los efectos del contrato³⁹⁹ sino que legitima a la parte *in bonis* para denegar provisionalmente su prestación, si bien el contrato sigue produciendo todos sus efectos entre las partes. En este sentido, no creemos que la *exceptio* produzca efectos distintos dentro y fuera del procedimiento concursal⁴⁰⁰. No destruye ni extingue el derecho de la parte *in bonis*, de modo que esta puede ejecutar la prestación a su cargo e insinuarse en el procedimiento como un acreedor concursal por el crédito a la contraprestación o acudir al artículo 1124 del Código Civil y exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. La facultad de suspender la ejecución se configura como una garantía para el cumplimiento⁴⁰¹, en tanto la facultad de resolución se configura como una garantía frente al incumplimiento, de modo que si uno de los contratantes ha cumplido íntegramente la prestación a su cargo, ya no tiene sentido la protección de la *exceptio* y subsiste solamente la facultad resolutoria.

En cuanto al cumplimiento íntegro de su prestación por el contratante *in bonis*, constituye un supuesto poco frecuente en la práctica, ya que al sujetarse al procedimiento, dicho contratante solo obtendrá, como cualquier otro acreedor, un

v., *La reserva de dominio en la quiebra*, cit., pg. 87. DE LA CUESTA RUTE —v., «Aspectos de la protección del vendedor en la compraventa a plazos ante la suspensión de pagos del comprador», cit., pg. 331— afirmaba que se supedita el efecto de la opción del contratante *in bonis* por la resolución a la voluntad de los síndicos que pueden en ese momento cumplir el contrato.

³⁹⁸ V. FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pg. 58; también, GARCÍA VILLAVARDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pg. 325.

³⁹⁹ V. BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, cit., pgs. 372 y ss. En el mismo sentido, MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal)», en AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, t.III, Madrid-Barcelona, 2005, pgs. 2949 y ss, en especial, pg. 2953. En contra, RAMÍREZ, *La quiebra*, II, cit., pg. 1271. FÍNEZ RATÓN —*Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit.— muy influenciado por la doctrina italiana, considera que el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus*, conlleva una suspensión de la relación contractual —pgs. 78 y ss— y «altera la base del negocio provocando una ineficacia funcional que hace que decaiga el interés de las partes en proseguir la relación» —pgs. 105 y 106—. De manera que, la decisión en torno al contrato se traslada a los síndicos, ya que la disponibilidad del contratante *in bonis* sobre el crédito ha quedado limitada por la suspensión —pgs. 95 y ss—; también, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «La declaración judicial de quiebra como causa de denuncia del contrato de Agencia», cit., pgs. 1155 a 1159.

⁴⁰⁰ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pgs. 803, 806 y 807.

⁴⁰¹ De «garantía de la prestación» habla BERMEJO GUTIÉRREZ, v. *Créditos y quiebra*, cit., pgs. 360 y ss.

dividendo concursal⁴⁰². El ejercicio de esta facultad estaba previsto expresamente en el Derecho italiano anterior a la reforma de 2006 (art. 72.I *legge fallimentare*). Allí se establecía que en caso de quiebra del comprador, ante un contrato de compraventa pendiente de cumplimiento por ambas partes, el vendedor tenía derecho a cumplir su prestación y hacer valer en el pasivo su crédito por el precio⁴⁰³. En Derecho español, la ausencia de una disposición semejante no impedía entender que si el contratante *in bonis* decidía cumplir su prestación quedaba sujeto a las reglas concursales. Tanto a aquellas que explícitamente regulaban los efectos del procedimiento sobre los créditos en particular —vencimiento anticipado y suspensión del curso de los intereses (arts. 883 y 884 CCom de 1885)—, como a aquellas que implícitamente derivaban de las propias exigencias del procedimiento —conversión de los créditos en dinero y prohibición de compensación—. Al mismo tiempo, el contratante *in bonis* debía cumplir con los requisitos previstos para la insinuación de los créditos en el plazo legalmente establecido (art. 1101.II CCom de 1829). Sin embargo, aunque parece difícil pensar que el ejercicio de esta facultad pudiera no resultar favorable al procedimiento, ya que la alternativa sería el cumplimiento íntegro de la prestación a favor del contratante *in bonis* con cargo a la masa activa, lo cierto es que puede no estar exenta de problemas para los síndicos⁴⁰⁴, y podría cuestionarse si sería posible el cumplimiento por el contratante *in bonis* en contra de la voluntad de la sindicatura⁴⁰⁵. Al respecto conviene tener presente que la facultad que se atribuye a la sindicatura de rechazar el cumplimiento del contrato y obrar por su resolución, no exige la concurrencia de un incumplimiento en la contraparte. Ante el contrato bilateral pendiente de cumplimiento, los síndicos, actuando en interés de los acreedores, pueden sustituir al quebrado o no sustituirlo. En el primer caso, la prestación o prestaciones a cargo del quebrado, deberán satisfacerse como deudas de la masa —estaríamos ante un «contrato de la masa»⁴⁰⁶—; en el segundo caso, el contrato se resuelve y esa resolución produce determinados efectos restitutorios e

⁴⁰² De ahí que solo pueda concebirse esta posibilidad cuando el objeto de la prestación del contratante *in bonis* se deprecie rápidamente o su custodia resulte particularmente onerosa, y las expectativas de dividendo dentro del procedimiento resulten elevadas. V. GARCÍA VILLAVÉRDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pg. 324.

⁴⁰³ V., sobre el Derecho italiano, *supra*, pgs. 68 y 69. Ante los problemas que presentaría la insinuación de créditos no dinerarios y aquellos que derivan de contratos de tracto sucesivo, la mayor parte de la doctrina en Italia entendía que la ejecución en la quiebra del contrato pendiente no es conforme con la lógica de los artículos 72 y ss de la *legge fallimentare*, con excepción expresa de lo previsto en el artículo 72.I. V. VIGO, R., *I contratti pendenti non disciplinati nella «legge fallimentare»*, Milán, 1980, pgs. 43 y ss.

⁴⁰⁴ Que, por ejemplo, en caso de quiebra del vendedor, —no del comprador, como apuntaba la norma italiana— deben convertir en dinero la prestación debida, lo cual puede no resultar conveniente para la economía del procedimiento y constituir un obstáculo para una rápida liquidación. V. FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 97 y ss.

⁴⁰⁵ LOBATO —*La reserva de dominio en la quiebra*, cit., pg. 91— afirma que «esta solución presupone que los síndicos de la quiebra no han optado por resolver el contrato».

⁴⁰⁶ V., por todos, BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, cit., pg. 158.

indemnizatorios. Pues bien, en principio parece que la solución resolutoria debía producirse siempre que la sindicatura no decidiera continuar con el contrato, aunque el contratante *in bonis* estuviera dispuesto a cumplir y participar del dividendo concursal. La sindicatura siempre puede optar por no cumplir y resolver el contrato si considera «perjudicial» para el interés de los acreedores el cumplimiento, aunque sea en moneda concursal. No obstante, para valorar ese «perjuicio» habrán de tenerse en cuenta necesariamente las consecuencias restitutorias e indemnizatorias derivadas de la resolución y ponderar adecuadamente esas consecuencias con los inconvenientes del cumplimiento en aquellas circunstancias.

Por otra parte, si de la facultad de suspender el cumplimiento de la prestación se ha dicho que no perturba el sistema de realización colectiva de los derechos de crédito⁴⁰⁷, no puede afirmarse lo mismo de la facultad de resolución del contrato. Ante un contrato bilateral como la compraventa, cuando una de las partes es declarada en quiebra se produce una ruptura del equilibrio propio de las prestaciones pactadas que exige su cumplimiento recíproco. Mientras que el contratante *in bonis* debe cumplir íntegramente, el procedimiento concursal solo puede ofrecer el dividendo resultante de la liquidación. Cuando la contraparte del quebrado ejecutó su prestación antes de la apertura del procedimiento, esta habrá ingresado en el patrimonio afecto a la quiebra, salvo que se trate de un bien personalísimo e inembargable, y estará sujeta al pago de los acreedores concursales. Esta regla concursal, derivada del principio general de responsabilidad universal —art. 1911 CC—, solo podrá ser excepcionada de forma expresa, ya que cualquier excepción a aquel principio conlleva un trato preferente para determinados acreedores del deudor. En este sentido, la facultad atribuída al vendedor al contado y a plazo para separar las mercancías que se encontraban en poder del comprador —ya fuera por la entrega material o simbólica—, constituirían supuestos excepcionales y muy específicos, no susceptibles de interpretación extensiva o analógica —art. 4.1 y 2 CC—. En consecuencia, no puede admitirse que en circunstancias semejantes, el contratante *in bonis* en un contrato con obligaciones recíprocas pueda hacer uso de una facultad que tiene como efecto la restitución de los bienes que entregó al deudor en orden al cumplimiento del contrato⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, cit., pg. 371.

⁴⁰⁸ Así, CUESTA RUTE, en su comentario a la STS de 13 de mayo de 1982, sobre un supuesto de compraventa a plazos con reserva de dominio en caso de suspensión de pagos del comprador, consideraba que no veía razón para que el vendedor pudiera resolver el contrato. «Caso contrario todos los acreedores podrían invocar la misma razón de equidad respecto de sus contratos. Porque nótese que en la compraventa a plazos no hay sinalagma funcional. Y además la posesión de la cosa por el comprador opera su eficacia publicitaria a favor de terceros». En consecuencia, dado que la acción resolutoria procura al vendedor la recuperación de la cosa, si se aceptara en todos los casos su procedencia, «de hecho se habrá frustrado la intención legal de hacer prevalecer los intereses de terceros sobre los del vendedor no protegido registralmente», v. «Aspectos de la protección del vendedor en la compraventa a plazos ante la suspensión de pagos del comprador», cit., pg. 332. Por tanto, el vendedor o bien se consideraba acreedor singularmente privilegiado con derecho de abstención si tenía inscrito su derecho en el registro especial con arreglo a la normativa (Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1965, art. 19), o bien, por no tener inscrito su derecho, habría de considerarse a todos los efectos un acreedor ordinario.

Ahora bien, cuando ninguno de los contratantes ha cumplido, parece posible cuestionarse la posibilidad de ejercicio de la facultad resolutoria. Sin embargo, otra regla concursal, la atribución a los síndicos de la posibilidad de sustituir al quebrado en el contrato, se enfrenta a esta solución. Parece que la resolución no sería oponible a la quiebra porque hurtaría la posibilidad de sustitución de la sindicatura⁴⁰⁹. No obstante, mas allá de esta consideración, la resolución no sería admisible por dos razones antes apuntadas.

En primer lugar, porque, tras la apertura del procedimiento, el quebrado queda inhabilitado para la administración de sus bienes (arts. 878 CCom 1885 y 1035 CCom 1829) y se atribuyen a los síndicos las facultades de gestión y administración del patrimonio afecto a la quiebra. Solo la sindicatura puede decidir sobre el activo patrimonial en interés de la masa de acreedores⁴¹⁰. En función de ese interés la sindicatura asumirá el contrato, como contrato de la masa, o no lo asumirá, pero esta decisión no puede verse limitada por el ejercicio de la resolución por la contraparte *in bonis*. Únicamente desde esta perspectiva, podría llegar a entenderse que el ejercicio de la resolución queda en suspenso⁴¹¹, ya que dicha facultad renacería cuando, asumido el contrato por la sindicatura, esta incumpliera las prestaciones comprometidas. Ahora bien, si la sindicatura sustituye al quebrado en el contrato, también el contratante *in bonis* viene obligado a cumplirlo conforme a lo pactado, y la sindicatura podría ejercer la resolución si se produce el incumplimiento de la contraparte. Por tanto, la facultad resolutoria podría ejercerse cuando la sindicatura decidiera continuar con el contrato, pero no antes. Si los síndicos sustituyen al quebrado, estarán obligados en los términos pactados con el contratante *in bonis* y, conforme a la dinámica contractual, si cualquiera de los obligados incumple —síndicos o contratante *in bonis*—, el perjudicado por el incumplimiento podrá exigir el cumplimiento o la resolución, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.

Ello nos conduce a la segunda de aquellas razones. Si el ejercicio de la resolución exige la concurrencia de un incumplimiento grave y relevante, susceptible de frustrar el fin negocial, cuando la sindicatura todavía puede cumplir el contrato en interés de la masa, no es posible contemplar un incumplimiento resolutorio. El contratante *in bonis* no puede pedir la resolución porque la quiebra no conlleva una situación de incumplimiento, pues la sindicatura puede cumplir sustituyendo al quebrado en el contrato y garantizando el cumplimiento de la prestación con cargo a la

⁴⁰⁹ V. FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 106 y 107.

⁴¹⁰ En el caso de la suspensión de pagos, la decisión correspondería al propio suspenso con el concurso de los interventores. V. MONTES REYES, A., «La suspensión de pagos y los contratos de tracto sucesivo», cit., pgs. 444 y ss, en especial, pg. 459.

⁴¹¹ V. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, cit., pg. 86.

masa⁴¹². Además de que con su actuación estaría privando a la masa de un activo que puede ser importante para la satisfacción de los acreedores.

Como podemos apreciar, las escasas reglas deducibles de la regulación mercantil de la quiebra exigían acudir a aquellas previsiones de alcance general que el Derecho civil contiene para las obligaciones recíprocas, los cuales, a su vez, debían «adaptarse» a las «exigencias» del procedimiento concursal. No obstante, subsistían muchos interrogantes de difícil solución: la clasificación que debía darse a los créditos derivados de los cumplimientos del contratante *in bonis* anteriores a la declaración de quiebra en los contratos de tracto sucesivo o con prestaciones fraccionadas, o la que debía atribuirse a los créditos resultantes de la resolución; así como la necesidad de establecer previsiones que impulsaran la decisión de la sindicatura en torno al contrato o garantizaran la efectividad del sistema, lo que conducía a cuestionar la validez de aquellas cláusulas contractuales que dispusieran la resolución del contrato por la quiebra de cualquiera de las partes.

En cuanto a la clasificación de los créditos derivados de contratos de tracto sucesivo por las ejecuciones de la parte *in bonis* anteriores a la apertura del procedimiento, no existía acuerdo en la doctrina. Para algunos, se trataba de créditos concursales⁴¹³, para otros, en caso de sustitución de la sindicatura en el contrato, todos los créditos, anteriores y posteriores a la declaración de concurso, debían satisfacerse íntegramente con cargo a la masa⁴¹⁴. Por último, había quien, en base a la influencia alemana, distinguía según que las partes hubieran configurado la prestación en el contrato como un todo unitario o como una prestación periódica. En el primer caso, la sindicatura debía asumir el cumplimiento íntegro de las prestaciones a cargo del deudor

⁴¹² En concreto, en relación con la compraventa, se afirmaba que ni la suspensión de pagos ni la quiebra impedían el cumplimiento del contrato, de modo que en términos generales no era admisible una acción resolutoria del contrato por el incumplimiento del pago por parte del comprador, v. DE LA CUESTA RUTE, J. M., «Aspectos de la protección del vendedor en la compraventa a plazos ante la suspensión de pagos del comprador», cit., pg. 331. Según este autor, el automatismo del incumplimiento conectado al impago debe ser excluido como causa de resolución cuando el comprador se encuentre en suspensión de pagos —ídem, pg. 332—. Un razonamiento que resultaba perfectamente extensible a la quiebra.

⁴¹³ Porque correspondía realizarlos al quebrado sin que la masa deba cumplirlos, de modo que los créditos por las prestaciones posteriores, «para cuya realización ha de mediar una actividad de los órganos de administración, constituyen créditos prededucibles», v. BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, cit., pg. 158. GARCÍA VILLAVERDE entendía, además, que no podían estar protegidos por la *exceptio*, v. «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pg. 330, n. 58. Esto significa que el ejercicio de la *exceptio* frente a la quiebra estaba limitado en los contratos de tracto sucesivo y, a semejanza del Derecho francés —art. 37 de la Ley sobre Saneamiento y Liquidación Judicial de Empresas de 1985—, el contratante *in bonis* estaba obligado a cumplir no obstante la falta de ejecución por el deudor de las prestaciones anteriores a la apertura del procedimiento.

⁴¹⁴ V. RAMÍREZ, J. A., *La quiebra*, t. II, cit., pg. 1296. En este sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, señalaba que el artículo 908 *in fine* del Código de Comercio indicaba que la masa podía retener los derechos que correspondan al quebrado «siempre que cumpla las obligaciones anejas a los mismos», sin distinguir si dichas obligaciones eran anteriores o posteriores a la declaración de quiebra, v. *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, cit., pg. 132.

quebrado. En el segundo caso, el crédito resultante de la parte del contrato ejecutada y no pagada tendría la consideración de crédito concursal, de modo que los síndicos solo debían asumir el cumplimiento de la parte del contrato no ejecutada⁴¹⁵.

En orden a la clasificación del crédito resultante de la resolución, debe tenerse en cuenta que esta podría producirse en dos circunstancias: cuando la sindicatura decide no asumir el contrato y cuando, convertido en contrato de la masa por la sustitución de los síndicos en el lugar del quebrado, el órgano de la quiebra incumple las prestaciones a su cargo. En el segundo caso, dado que el incumplimiento debe atribuirse a la sindicatura, el crédito del contratante *in bonis* por la restitución y los daños debería considerarse un crédito contra la masa⁴¹⁶. En cambio, si la resolución se produce por la decisión de la sindicatura que, obrando en orden a las exigencias del procedimiento y en interés de los acreedores, decide no continuar con el contrato, la solución no aparece tan clara. En el Derecho comparado se impuso la consideración del crédito resultante de la resolución como un crédito concursal, si bien, el Derecho italiano ni contemplaba (art. 72, *in fine*, *legge fallimentare*) ni contempla (art. 72. IV tras la reforma de 2007) un derecho al resarcimiento por daños. En esta misma línea, la doctrina española consideraba el crédito resultante de la resolución por la restitución y los daños un crédito concursal⁴¹⁷, aunque no ha faltado quien, siguiendo la solución italiana, entendía que, cuando la sindicatura decidía no continuar con el contrato, la parte *in bonis* no tenía derecho al resarcimiento de los daños, si bien el crédito restitutorio tendría el carácter de concursal⁴¹⁸.

⁴¹⁵ V. BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, cit., pgs. 377 y 378. Con anterioridad, FÍNEZ RATÓN entendió que la solución a este problema debía tener en cuenta dos criterios: la unidad del contrato y la modalidad de la sustitución. Con relación al primero, la indivisibilidad del contrato impide separar con autonomía funcional prestaciones anteriores y posteriores, de modo que la continuación del contrato con los síndicos implicaba la satisfacción integral. En su opinión, este era el sentido de la norma francesa que exigía al contratante *in bonis* cumplir su prestación, aun en defecto de ejecución del quebrado de las obligaciones anteriores (art. 37 de la Ley de 1985). «Sin embargo, cuando cada una de las prestaciones en una relación contractual goza de plena autonomía, no habrá inconveniente para su discriminación, sometiendo las preconcursales a la ley del dividendo».

En cuanto a la modalidad de la sustitución, siguiendo la doctrina italiana, podía diferenciarse una *sustitución voluntaria*, en la que si la sindicatura decide continuar con el contrato debe satisfacer íntegramente todas las prestaciones a cargo del quebrado; y una *sustitución ex lege*, que viene impuesta tanto al administrador de la quiebra, como a la parte *in bonis*, y que excluiría la posibilidad de oponer la *exceptio* por el contratante *in bonis*, de modo que este no podría salvar sus créditos por las prestaciones anteriores de la ley del dividendo, v. *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 293 y 294.

⁴¹⁶ V. BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, cit., pg. 159. También, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, cit., pg. 127.

⁴¹⁷ V., GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pg. 323; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, cit., pg. 128; y BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, cit., pgs. 382 y 383.

⁴¹⁸ V. FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 296 y ss. También, LOBATO consideraba que la indemnización no debía extenderse más que a los daños que se ocasionaban durante el periodo de pendencia del contrato o a eventuales daños causados si, antes de la declaración de quiebra, el deudor quebrado estaba en mora, sin incluir, en ningún caso, los

Respecto de la necesidad de compeler a la sindicatura para que se pronunciara sobre el contrato, la parte *in bonis* podía reclamarle el cumplimiento o la resolución —art. 1124 CC— con este fin⁴¹⁹. Si esa reclamación era judicial, podía pedir al juez que fijara un plazo para cumplir (art. 1124.III CC), transcurrido el cual el contrato habría de considerarse resuelto. En caso de que la reclamación fuera extrajudicial, el contratante no podría fijar unilateralmente un plazo para el cumplimiento —art. 1256 CC—, de modo que era posible entender que los síndicos tenían la carga de contestar en un plazo razonable, que solo podía ser concretado por los tribunales⁴²⁰. En el mismo sentido, se consideró que la parte *in bonis* podía resolver si, pasado un tiempo prudencial, los síndicos no se pronunciaban sobre la subsistencia del contrato⁴²¹, o bien requerir al órgano de administración para que manifestase su intención de cumplir dentro de un plazo razonable conforme al principio de buena fe —art. 7.1 CC—, cuyo transcurso permitía entender que los síndicos rechazaban el cumplimiento⁴²².

En último lugar, en cuanto a las cláusulas que contemplaban la quiebra como causa de resolución del contrato, frente a los autores que las admitían a la luz del

daños ocasionados por el hecho mismo de la resolución, «de la misma manera que los restantes acreedores de la masa pasiva de la quiebra no son indemnizados por el daño que respecto de cada uno causa el incumplimiento del quebrado», v., *La reserva de dominio en la quiebra*, cit., pg. 88.

⁴¹⁹ A estos efectos DÍEZ-PICAZO considera que estas facultades se atribuyen al contratante cuyo interés se protege, «puesto que se le considera como el mejor árbitro de los medios de defensa de tales intereses que la ley protege de manera especial», v. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 808.

⁴²⁰ V. GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pg. 325. Este autor expone la concurrencia en el Derecho comparado de dos modelos dirigidos a dar respuesta a la necesidad de que la sindicatura se pronunciara «tempestivamente» sobre el contrato. El del Derecho alemán, que no fijaba plazo legal, de tal modo que era el contratante el que interpelaba a los síndicos fijando un plazo preclusivo, transcurrido el cual el órgano de administración del procedimiento no podía insistir en el cumplimiento del contrato (art. 17 *KO* y, también, art.103 *InsO*). Y el de las legislaciones francesa (art. 37 Ley de 1985 sobre el Saneamiento y la Liquidación Judicial de Empresas) e italiana (art. 72 *legge fallimentare*), en las que el juez-comisario fijaba un plazo a la sindicatura para decidirse teniendo en cuenta el previsto por la norma, cuyo transcurso permitía presumir que el síndico había renunciado a la continuación del contrato. Para GARCÍA VILLAVERDE, la solución prevista en los Ordenamientos latinos no era factible en el Derecho español. Frente a la opinión de FÍNEZ RATÓN —*Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 107 y 109—, aquel autor consideraba que no podía atribuirse al juez-comisario en la quiebra la facultad de fijar plazo para que la sindicatura adoptara su decisión en torno al contrato.

⁴²¹ V. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, cit., pg. 87 y 88.

⁴²² V. BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, cit., pgs. 378 y 379. A su juicio, la atribución de esta facultad al contratante *in bonis* «tiene el valor de permitirle ajustar la realización de su interés en el contrato al discurrir del procedimiento». En nuestra opinión, esta finalidad también puede conseguirse mediante el recurso al 1124, ya que, por un lado, no es difícil reconducir la facultad resolutoria al principio de buena fe, que en los contratos bilaterales funda la regla del cumplimiento simultáneo, y, por otro, la facultad de exigir el cumplimiento o la resolución son las vías legalmente previstas para la protección del interés de las partes en este tipo de contratos, v., por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 815.

principio de libertad de pactos —art. 1255 CC—⁴²³, otros las consideraban lesivas para la *par condicio creditorum*⁴²⁴, en tanto que otros las rechazaban en base a que si el contrato podía considerarse un activo patrimonial con cuyo valor los acreedores podían contar para satisfacer sus créditos, las partes no podían destruir dicho activo pactando que el evento concursal fuera causa de resolución del contrato⁴²⁵.

En definitiva, de la exposición anterior se concluye que la quiebra ni puede considerarse causa automática de extinción de la relación contractual ni presupuesto legal para el ejercicio de la facultad resolutoria, para ello será preciso que una norma expresamente así lo determine (v. gr. art., 1732.3.º CC y art. 26.b) Ley de Contrato de Agencia en su redacción anterior a la Ley Concursal)⁴²⁶. Ahora bien, tampoco conlleva la continuación automática del contrato con los síndicos, salvo que la Ley o la naturaleza del negocio así lo exijan⁴²⁷. Desde esta perspectiva, las consecuencias para el Derecho codificado no parecen muy distantes de las que se derivan para el Derecho actual a través del principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y de la facultad de la administración concursal, en caso de suspensión, o del concursado, en caso de intervención, de solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso.

IV. LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS EN EL CONCURSO: EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Para que concurra el conflicto de intereses entre el contrato y el concurso se precisan dos condiciones esenciales: desde el punto de vista contractual, ha de existir una relación jurídica entre dos sujetos que los coloque en situación de interdependencia recíproca, de modo que lo que constituyen obligaciones de pago para uno sean derechos

⁴²³ V. BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, cit., pg. 157, n. 14; y GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pg. 312.

⁴²⁴ FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 99, 280 y 304 a 308. Este autor consideraba que constituían una forma de garantía real al margen del Ordenamiento.

⁴²⁵ V. BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, cit., pg. 363.

⁴²⁶ V., por todos, FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 59 y ss. Si bien, a nuestro juicio, no puede afirmarse que carezca de efectos sobre los contratos pendientes de ejecución, v. BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, cit., pgs. 362 y 363. Aun considerando que el contrato «es un activo que está incorporado en el patrimonio concursal y con cuyo valor los acreedores pueden contar para satisfacer sus créditos», no puede olvidarse que la suerte de esos activos dependerá de las circunstancias y fines del procedimiento, de que se alcance un convenio o no quede mas salida que la liquidación, e incluso de los efectos que genere la calificación del procedimiento en relación con la actuación del deudor o sus representantes.

⁴²⁷ FÍNEZ RATÓN se refería en este punto a los contratos de trabajo, arrendamiento y seguro, v. *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 122 y ss.

de cobro para el otro y viceversa. Desde una perspectiva concursal, se exige la declaración de concurso de cualquiera de los contratantes en aquella situación interdependiente. Solo con la apertura del procedimiento se producirán determinados efectos patrimoniales que incidirán sobre las relaciones obligatorias de forma generalizada. Esto no significa que la insolvencia que origina la declaración de concurso, en cuanto situación de hecho en la que el deudor no puede cumplir sus obligaciones, no tenga influencia alguna sobre los contratos. La estrecha relación existente entre el estado de insolvencia y el incumplimiento⁴²⁸ ha dado lugar a una regulación fragmentaria y particular de los efectos de la insolvencia en las obligaciones⁴²⁹ y en determinados contratos⁴³⁰. Por tanto, la insolvencia puede ser tanto una causa que justifique la iniciación de un procedimiento de ejecución colectiva, el concurso de acreedores, cuanto una causa que justifique especiales medidas de defensa de los acreedores frente a los actos perjudiciales del deudor o determine una alteración sobrevenida de las circunstancias tenidas en cuenta por las partes al celebrar el negocio, especialmente cuando la consideración de la persona había sido fundamental⁴³¹. No

⁴²⁸ Sin embargo, insolvencia e incumplimiento no son términos análogos. Como se ha puesto de manifiesto, el incumplimiento es un *hecho jurídico*, en tanto que la insolvencia es un *estado*. De modo que, el incumplimiento puede deberse a una situación de insolvencia, pero también obedecer a causas muy distintas. El mero hecho de incumplir no significa que el deudor no pueda cumplir. V. ROJO, A., «Art. 2. Presupuesto objetivo», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 169 y 170.

⁴²⁹ El Código Civil prevé, para las obligaciones mancomunadas (art. 1139) que si alguno de los deudores resultare insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta, y si el régimen es la solidaridad (art. 1145) «la falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno». Asimismo, el art. 1129 establece la pérdida del beneficio del plazo en caso de que el deudor resulte insolvente, salvo que garantice la deuda, y el 1206 dispone que en el supuesto de novación de la obligación, «la insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de este contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda».

⁴³⁰ En el ámbito de los contratos, el Código Civil establece, en los casos de rescisión (art. 1292) que «son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos». Y con respecto a los contratos en particular, el art. 1467 dispone que el vendedor no tendrá obligación de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio, salvo que el comprador afiance pagar en el plazo convenido. En el contrato de sociedad, «el socio que ha recibido por entero su parte en un crédito social sin que hayan cobrado la suya los demás socios, queda obligado, si el deudor cae después en insolvencia, a traer a la masa social lo que recibió, aunque hubiera dado el recibo por sola su parte» —art. 1685—. Junto a ello, se prevé la extinción de la sociedad por insolvencia de cualquiera de los socios —art. 1700.3.º—. También, con relación al mandato se prevé su extinción en caso de insolvencia del mandante o del mandatario —art. 1732.3.º— y, para la fianza, si el fiador viniera al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir otro que reúna las cualidades exigidas por la norma, salvo que hubiera pactado que se le diera por fiador una persona determinada —art. 1829—. Por último, en el supuesto de dos o más fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, cuando uno de ellos haya pagado podrá reclamar de los demás la parte que proporcionalmente corresponda satisfacer a cada uno, y si alguno de los cofiadores resultare insolvente, su parte recaerá sobre todos en la misma proporción —art. 1844—.

⁴³¹ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 902. Si bien habría que precisar que declarado el concurso las normas generales son desplazadas por las normas especiales previstas por la Ley Concursal.

obstante, una cosa es que la insolvencia exista como situación de hecho con consecuencias en la relación obligatoria y, otra, que sea reconocida y declarada judicialmente, y como situación de derecho, el legislador le atribuya determinados efectos sustantivos y procesales⁴³².

1. La situación de reciprocidad que exige la aplicación de las normas concursales.- La compraventa como contrato con obligaciones recíprocas.

La compraventa constituye el prototipo de los contratos con obligaciones recíprocas. En este contrato, el vendedor se obliga a entregar una cosa determinada y el comprador a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente (art. 1445 CC). El carácter sinalagmático o recíproco del contrato procede del hecho de que las obligaciones derivadas del mismo aparecen conectadas entre sí en función de un vínculo de interdependencia o sinalagma⁴³³, de modo que ninguno de los contratantes podrá exigir el cumplimiento del contrato si por su parte lo hubiera incumplido⁴³⁴

⁴³² V., por todos, SALVADORE, I. A., *Effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, cit., pgs. 13 a 16.

⁴³³ Antes de la entrada en vigor del Código Civil, la doctrina consideraba la compraventa un contrato bilateral del que nacen desde el principio dos obligaciones: «una en favor del comprador, para que el vendedor le entregue la cosa, y otra á favor del vendedor para que el comprador le pague el precio convenido» v. DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *Derecho civil español*, vol. II, Valladolid, 1868, pgs. 395 y 396. Aunque la bilateralidad pueda atribuirse de manera indistinta a la obligación y al contrato, este mismo autor la configura desde la estructura del contrato al distinguir entre contratos unilaterales, bilaterales y mixtos o bilaterales *ex post facto*. En los primeros, «uno solo de los contrayentes queda obligado, de modo que, resultará desde el principio un solo derecho y una sola obligación». En los segundos, en los que «los dos contrayentes se obligan recíprocamente resultarán derechos y obligaciones mutuas, y por consiguiente cada uno de los contrayentes habrá de tener en ellas la doble condición de acreedor y deudor». Finalmente, en los bilaterales *ex post facto*, «desde su principio hay un solo obligado y por razón de acontecimientos posteriores a la perfección del contrato pueden serlo entrambos contrayentes», v., ídem, pgs. 307 y 308.

En la compraventa romana las obligaciones de las partes (pago del precio y entrega de la cosa) y las acciones directas que de ellas emanaban (*actio empti* y *actio venditi*) funcionaban con absoluta independencia entre sí. Será preciso que se admita que por pacto expreso el acreedor insatisfecho podía reclamar la restitución de lo que hubiera entregado —v. IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, cit., pg. 468— y que se generalice la idea de que no puede exigir el cumplimiento quien no está dispuesto a cumplir, para que ambas obligaciones derivadas del contrato se presenten como interdependientes, v. KRAHMER, H., *Gegenseitige verträge*, 1914, pgs. 10 y ss; y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, pgs. 429 y 430.

⁴³⁴ Así justificaba ya GONZÁLEZ DE ECHAVARRI Y VIVANCO, J. M., el carácter sinalagmático del contrato de compraventa mercantil, v. *Comentarios al Código de Comercio*, t.III, 2ª ed., Valladolid, sin fecha, pg. 230.

Los jueces de lo mercantil acogiendo la doctrina civilista entienden que los contratos sinalagmáticos, bilaterales o con prestaciones recíprocas se caracterizan por «la interdependencia o nexo causal que vincula la prestación de cada una de las partes con la correspondiente a la otra, en el sentido de que actúan mutuamente como causa, contravalor o contraprestación de la opuesta», v. SSJM 7 Madrid, de 2 y 28.1.2008, en Rojo y Beltrán (dirs.): *Legislación y Jurisprudencia Concursales*, cit., pg.121, y la sentencia del mismo juzgado de 11.2.2008, en *ADCo*, 16, 2009-1, pg. 498. También la SJM 1 de Alicante, de 25.2.2009, afirma que «no existe una definición legal de obligaciones recíprocas, aunque se suele decir que son aquellas que generan una relación jurídica en la que ambas partes resultan acreedores y deudores entre sí, siendo sus prestaciones contrapartida la una de la otra. De modo que, no basta la sola presencia de obligaciones para ambas partes, sino que es preciso su carácter correlativo, esto es, que los deberes de prestación se encuentren ligados entre sí por un nexo de interdependencia o sinalagma», v. BELTRÁN,

En el ámbito del Derecho privado, los adjetivos recíproco, bilateral o sinalagmático han acompañado a los contratos, a las obligaciones y a las prestaciones dotándolos de especial significación⁴³⁵. No obstante, el Código Civil no alude a la reciprocidad con respecto a los contratos. Al referirse a esta categoría jurídica se mantiene en el ámbito de las obligaciones y habla de obligaciones recíprocas (arts. 1100, *in fine*, y 1124) o de prestaciones recíprocas (art. 1120). Por su parte, la Ley Concursal al ocuparse de los efectos del concurso sobre los contratos se refiere a los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61)⁴³⁶.

La cuestión no es meramente terminológica. Puede afirmarse que todo contrato constituye un negocio jurídico bilateral, en cuanto deriva del concurso de las recíprocas declaraciones de voluntad de las partes y en él se dan cita intereses contrapuestos que tratan de encontrar una composición. Pero, con independencia del número de sujetos que intervienen en el contrato y del número de declaraciones de voluntad, la bilateralidad viene referida siempre al número de obligaciones que el contrato crea y a la estructura entre estas obligaciones⁴³⁷. Al mismo tiempo, hemos de tener en cuenta

E., y SÁNCHEZ PAREDES, M. L., *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, cit., pgs. 585 y ss. Por último, destaca en el mismo sentido la SAP Pontevedra (1ª), de 13.9.2010, en *ADCo*, 23, 2011-2, pg. 374. En la doctrina concursalista, v. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg.1122.

⁴³⁵ En los manuales de Derecho civil es habitual encontrar clasificados los contratos como bilaterales y unilaterales, sin embargo, no se estudia la categoría de los contratos bilaterales, sino las relaciones obligatorias sinalagmáticas, v., por todos, Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1986, pgs.39 y 224 y ss.

⁴³⁶ En el Derecho codificado, la doctrina mercantilista se refería de forma unánime a los efectos de la declaración de quiebra sobre los contratos bilaterales. Incluso entre los civilistas, FÍNEZ RATÓN, autor de la única monografía existente sobre esta problemática en el ámbito de la quiebra —*Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, 1992—, modifica en esta obra el título de su tesis original *Relaciones obligatorias bilaterales y situación concursal de una de las partes*. Por su parte, GARCÍA VILLAVARDE se ocupará de esta problemática y justificará el cambio de terminología en «Una forma especial de garantía: los efectos de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», en AA.VV.: *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, 1996, pgs. 301 y ss, en especial, pgs. 306 a 309.

⁴³⁷ Ello permite diferenciar la bilateralidad de la onerosidad. En las normas que se ocupan de la interpretación de los contratos, el Código Civil establece que «si el contrato fuese oneroso, la duda se resolverá a favor de la mayor reciprocidad de intereses» (art. 1289). Tanto en el contrato oneroso, cuanto en el contrato sinalagmático, hay un confluencia de intereses recíprocos. Ahora bien, mientras que en el primero la reciprocidad va referida a las atribuciones patrimoniales que el negocio genera entre ambas partes, en los segundos la reciprocidad se refiere a la estructura y al funcionamiento de la relación obligatoria. No obstante, como las atribuciones patrimoniales que se realizan las partes conllevan sacrificios y ventajas recíprocos parece que todo contrato bilateral resultaría oneroso, si bien no todo contrato oneroso podría considerarse bilateral. La doctrina suele citar un ejemplo académico, el del préstamo con interés, que sería oneroso para ambas partes, ya que conlleva sacrificios y ventajas recíprocos, pero que no es sinalagmático, «por cuanto que de él derivan solo obligaciones a cargo del prestatario» (art. 1753 CC), v. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 431. En contra LACRUZ —v. *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. II, Madrid, 1999, pg. 178—. A juicio de este autor el préstamo, llevando pacto de intereses, sería un contrato sinalagmático, ya que la prestación del dinero se corresponde con la contraprestación de los intereses. La relación de correspectividad se produciría entre el aplazamiento de la recuperación de la cosa por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario, con obligación de saneamiento en caso de

que no todas las obligaciones tienen su origen en un contrato y que, aunque un contrato pueda considerarse una relación jurídica obligatoria, no todas las relaciones jurídicas obligatorias son contratos (art. 1089 CC). De modo que no podemos limitar la situación de reciprocidad al ámbito de los contratos. En principio, porque la apertura del procedimiento concursal influye tanto sobre el contrato cuanto sobre las obligaciones que de él derivan, pero, sobre todo, porque para que se suscite el conflicto de intereses entre el contratante *in bonis* y el concursado es preciso que ambos sujetos se encuentren inmersos en una situación de interdependencia de obligaciones, derive o no esta situación de un contrato. Además, no podemos prescindir del dato legislativo de que el marco de referencia que el propio Ordenamiento jurídico tiene en cuenta respecto de la reciprocidad o bilateralidad no es el del contrato, sino el de las obligaciones.

Por otro lado, una relación jurídica puede generar múltiples obligaciones a cargo de ambas partes. Unas tendrán carácter principal (v. gr., entrega de la máquina y pago del precio), otras tendrán naturaleza meramente accesoria (v. gr., servicio de asistencia técnica de la máquina). La doctrina y la jurisprudencia conducen a entender que

evicción o vicios ocultos, como en los otros contratos sinalagmáticos, y devolución de los intereses en caso de prestación fallida del prestamista. De este modo, de no pagarse el interés pactado, sería aplicable el 1124, pues el hecho de que la obligación de intereses no se inicie hasta la entrega de la cantidad prestada no impide que la subsistencia del préstamo se deba al pago de la retribución y se justifique por ella. Esta solución es acorde con el criterio de distinción que adopta el autor con respecto a los contratos, donde identifica el contrato sinalagmático con el oneroso, v. LACRUZ BERMEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, cit., pg. 212.

Otro ejemplo lo proporciona la fianza, la cual aparece como un contrato entre dos sujetos, fiador y acreedor, ya que para su validez y perfección no precisa el consentimiento del deudor afianzado, que incluso puede ignorar la constitución de la fianza o contradecirla (art. 1823-II CC). De esos dos sujetos solo el fiador se obliga a pagar o cumplir por un tercero (art. 1822 CC). El hecho de que se acuerde una retribución a favor del fiador y a cargo del acreedor (art. 1823-I CC) hace la fianza onerosa, pero no la convierte en una relación sinalagmática, ya que el incumplimiento por el acreedor de su obligación de pago, no faculta al fiador para liberarse de la fianza. La prestación asumida por el acreedor no puede considerarse contrapartida recíproca de la obligación de garantía del fiador. v. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 497. En este sentido, la STS 26.3.2012, (R. 698/09) ADCo, 27, considera que, aunque la fianza resulte onerosa y el afianzado se comprometa a pagar una comisión al fiador a cambio del afianzamiento, no por ello puede considerarse recíproca. La relación de fianza propiamente existe entre fiadora y acreedor, que son las dos partes del contrato de garantía. El derecho de la fiadora al reintegro de lo que pagó a los acreedores de la concursada no tiene correspondencia con contraprestación alguna a favor de la obligada al reembolso y a cargo de la fiadora. La reciprocidad no surge solo del hecho de que dos partes contratantes estén obligadas, sino que es necesario que entre los respectivos deberes de prestación exista una interdependencia o nexo causal determinante de que cada uno sea y funcione como contravalor o contraprestación del otro. En consecuencia, si no concurre esa relación de reciprocidad entre las obligaciones de los contratantes no se produce el supuesto de hecho de las normas que regulan los efectos del concurso sobre los contratos.

Frente a ello, el profesor LACRUZ considera que si el acreedor promete una remuneración al fiador, el contrato deja de ser unilateral para convertirse en sinalagmático, de modo que sería aplicable el artículo 1124 del Código Civil y el fiador ante el impago de la retribución pactada por parte del acreedor podría resolver el contrato y liberarse de su obligación, v. *Elementos de Derecho civil*, vol. II, cit., pg. 343.

En nuestra opinión habría que atender, caso por caso, al acuerdo de las partes. La fianza responde a una finalidad típica y constante, la de garantizar una obligación ajena. Ahora bien, ello no impide que concurren otras finalidades en el negocio conocidas y admitidas por las partes, como puede ser la concesión de crédito o el pago de una retribución. v., al respecto, SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «Fianza solidaria en garantía del pago de una deuda ajena otorgada simultáneamente al contrato principal de préstamo (SJM 1 Oviedo 18.2.2010) ADCo, 21, 2010-3, pgs. 333 y ss, pg. 353.

normalmente la situación de interdependencia se producirá entre las obligaciones principales. Sin embargo, también es posible que, cumplidas las obligaciones principales, subsistan obligaciones recíprocas de carácter accesorio o complementario a cargo de ambas partes. Ahora bien, no parece que pueda producirse una situación de interdependencia recíproca entre prestaciones o contraprestaciones que constituyen el objeto principal del contrato y prestaciones secundarias o accesorias⁴³⁸.

En consecuencia, parece acertado considerar que contratos bilaterales o contratos con obligaciones recíprocas y relaciones jurídicas sinalagmáticas o relaciones obligatorias recíprocas son términos equivalentes desde la perspectiva del conflicto de intereses susceptible de generarse ante la declaración de concurso de cualquiera de las partes en dicha relación⁴³⁹. Así, habrá que entender incluidos en esta problemática tanto los contratos bilaterales o sinalagmáticos, como las obligaciones recíprocas de restitución que se originan por la declaración de ineficacia de un contrato (arts. 1303 y 1295 CC), y se habrán de considerar excluidos los contratos plurilaterales o de asociación y los contratos bilaterales imperfectos o *ex post facto*.

1.1. Los contratos bilaterales o sinalagmáticos.- De la doctrina tradicional causalista a la concepción del contrato con obligaciones correlativas

Como se ha apuntado, la esencia del contrato con obligaciones recíprocas no se encuentra en la pluralidad de sujetos, ni siquiera en la pluralidad de obligaciones, sino en el hecho de que concurren dos obligaciones interdependientes⁴⁴⁰. Ese nexo de interdependencia, denominado tradicionalmente sinalagma, es el elemento esencial de la relación y fundamenta la unidad del contrato bilateral o sinalagmático.

En un intento de configurar una teoría general de las relaciones jurídicas sinalagmáticas, la doctrina tratará de buscar un fundamento al sinalagma. Un empeño

⁴³⁸ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 428.

Nada impide que del contrato puedan nacer deberes en principio accesorios, pero cuyo cumplimiento sea fundamental para que la obligación principal produzca plenos efectos y pueda lograrse el fin perseguido por las partes. Así sucedería, por ejemplo, cuando el vendedor asume junto a la obligación principal de entrega de la máquina una obligación accesorio de proporcionar al comprador toda la información e instrucción necesarias para el manejo de la misma. En tal caso, más que ante una obligación accesorio nos encontraríamos ante una obligación complementaria de la principal, de modo que el deber de prestar información formaría parte de la obligación de entrega y, en consecuencia, del nexo de interdependencia recíproca existente entre las obligaciones principales. Así, no podría considerarse cumplida la obligación principal de entrega si no se cumple ese deber de información, ya que solo en tal caso se actuaría conforme a lo pactado y el interés del comprador se vería satisfecho.

⁴³⁹ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1122.

⁴⁴⁰ V., especialmente los artículos del profesor TRAVIESAS sobre las «Obligaciones recíprocas», en *RDP*, 1929, pgs. 273 a 288 y 320 a 229 respectivamente, en especial, pg. 281, donde el citado autor recoge esta doctrina en una cita a SAVIGNY, para el que la esencia del contrato sinalagmático se halla en que acoge dos obligaciones indisolublemente conexas, de suerte que cada una de ellas no puede existir sino en virtud de la otra, de modo que forme la mitad de una única relación jurídica.

que en el ámbito de los Derechos latinos conduce a los autores a la doctrina de la causa⁴⁴¹. Así surge en Derecho español una concepción tradicional que tiende a considerar la relación entre las obligaciones respectivas de las partes como una relación de causalidad. De tal modo que, a lo largo del tiempo, las relaciones jurídicas sinalagmáticas padecen los debates en torno a la configuración de la causa y a la confusión entre causa del contrato y causa de la obligación⁴⁴².

En esta concepción tradicional, la categoría de los contratos sinalagmáticos abarca aquellas relaciones jurídicas que generan dos obligaciones interdependientes que surgen coetáneamente de un mismo negocio. Una interdependencia que no implica mera reciprocidad, sino causalidad recíproca, y que, por una parte, solo es relevante si se produce en las obligaciones principales, no en las de carácter accesorio o secundario, y, por otra, solo se refiere a la estructura jurídica de la obligación y no a su estructura económica⁴⁴³. Al mismo tiempo se entiende que solo tiene sentido hablar de causa de

⁴⁴¹ V., por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pgs. 163 y ss. Todos los Ordenamientos jurídicos se han planteado con mayor o menor trascendencia el problema de la causa y, si bien la solución no ha sido la misma, en todos ellos ha estado condicionada por el carácter propio de cada sistema. Así, mientras que en el ámbito de los Derechos latinos triunfa el causalismo, en el ámbito anglosajón y germánico predomina la abstracción.

En el Derecho inglés, en concreto, las conveniencias del tráfico y la buena fe hacen que se admita que determinados contratos, los contratos con obligaciones recíprocas, requieran para su validez una *consideration*. Ahora bien, la doctrina de la *consideración* se fue separando paulatinamente de la doctrina de la causa por dos razones: porque prácticamente solo se aplicaba a los contratos con obligaciones recíprocas y porque se admitía su eficacia formal, sin valorar si la contraprestación tenía o no ese carácter de contrapartida. No obstante, hay autores que se mostraron partidarios de su subsistencia, v., ATIYAH, P. S., *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1971, pgs. 62 a 91. Para este autor, si la función de las reglas de la *consideration* es decidir qué promesas deben o no ser cumplidas, aunque prescindamos de esta doctrina, siempre será preciso arbitrar una serie de principios sobre lo que deben o no hacer cumplir los tribunales. Al mismo tiempo, será preciso tener en cuenta que cualquier sistema de normas que a ello se encamine se encontrará con el problema de que las razones que determinan desde un punto de vista jurídico la obligatoriedad de una promesa variarán temporal y espacialmente en función de los cambios sociales, políticos o económicos, o de los valores morales. De manera que, la *consideration* no puede ser reducida a una reglamentación general inmutable, ya que está sometida a continuo cambio y evolución, y carece de una configuración fija y definitiva. Por nuestra parte, consideramos que quizá solo desde esta perspectiva que apunta ATIYAH se pueden entender las diversas concepciones y los continuos debates que se han ido sucediendo en torno al concepto y significado de la causa en el ámbito de los sistemas declarados causalistas.

En cuanto al Derecho alemán, que, en principio, se había desentendido de la causa, de modo que la dirección doctrinal que inspira el *BGB* elimina la causa como fundamento de la eficacia de las promesas, se llega, no obstante, a la elaboración doctrinal de los conceptos de la *voraussetzung* y la *geschäftsgrundlage*, en torno a la conocida teoría de la base del negocio. De tal manera que, como afirma el profesor DE CASTRO, la causa, expulsada por la puerta, entra por la ventana bajo el disfraz de base del negocio, v., ob. cit., pg. 175.

⁴⁴² Esta es la crítica que RIPERT realiza a la concepción de CAPITANT, el cual considera que en todo contrato sinalagmático la obligación de una parte tiene como causa la obligación de la otra y a la inversa. De tal manera que, cuando la obligación de una no se lleva a efecto, la otra queda sin causa. El incumplimiento de un contratante libera al otro de su propio cumplimiento por falta de causa. Para RIPERT, CAPITANT confunde la causa como elemento de la validez del contrato, con la causa como elemento de la ejecución del contrato. V., FOIGNET, R. y DUPONT, E., *Manuel élémentaire de droit civil*, vol. II, París, 1938, pg. 116.

⁴⁴³ V. DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 432.

los contratos sinalagmáticos cuando se considera la causa como requisito del contrato y no de cada obligación contractual⁴⁴⁴. De modo que, para determinar la validez de la causa debe esta tomarse en cuenta en el momento de realizar el acuerdo, no en el momento de su ejecución⁴⁴⁵.

No obstante, la causa no puede limitar su alcance al momento mismo de nacimiento del negocio jurídico. En este sentido, el Código Civil prevé una serie de casos en los que la finalidad perseguida por las partes se ve frustrada, y en base a ello se considera extinguida la relación —art. 1124—; por lo que habría que aceptar un influjo continuado de la causa respecto de la relación negocial. Los autores distinguen entonces entre una relevancia genética y una relevancia funcional de la causa⁴⁴⁶, que en los contratos sinalagmáticos se ha traducido en la diferenciación entre el *sinalagma genético* y el *sinalagma funcional*. El primero opera en el momento del nacimiento de la relación obligatoria, donde hay una interdependencia de promesas, y justificaría la resolución de la relación por imposibilidad sobrevenida. El segundo, en cambio, opera en el momento del cumplimiento de la obligación, donde hay una interdependencia de prestaciones, y justificaría el cumplimiento simultáneo y la resolución del contrato por incumplimiento⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ El profesor DE CASTRO estima que si tomáramos en consideración la causa de cada obligación en particular acabaríamos con la unidad del contrato —v. *El negocio jurídico*, cit., pgs. 185 y 186—. Así, la compraventa tendría dos causas, la de la obligación del vendedor y la de la obligación del comprador, y no habría una causa específica y propia del contrato de compraventa. En este sentido, el argumento literal lo proporciona el art. 1261 CC que, entre los requisitos del contrato, se refiere a «la causa de la obligación que se establezca». Ahora bien, este argumento no puede considerarse decisivo, ya que inmediatamente después el art. 1262 CC alude a que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y «la causa que han de constituir el contrato». De modo que, si uno se refiere a la causa de la obligación, el otro considera la causa elemento esencial del contrato.

Al mismo tiempo, la propia evolución del concepto de causa pone de manifiesto la necesidad de distinguir *contractus* y *obligatio contracta*. Ya desde Pothier puede afirmarse que la causa ha pasado del campo de las obligaciones al de la teoría general del contrato. Lo que se puede constatar en el art. 1274 CC, donde la causa no va referida a cada contratante sino al carácter del contrato. Por todo ello, para el profesor DE CASTRO, cuando el art. 1261 CC habla de «causa de la obligación» ha de entenderse referido a «la causa de la relación obligatoria».

⁴⁴⁵ En ello coinciden también otras visiones de la causa, v. ATIYAH, P. S., *An introduction to the law of contract*, cit., pg. 65. El autor entiende que la *consideration* consiste en la ejecución de mutuas promesas. De ahí que en Derecho anglosajón los contratos que constan de mutuas promesas se denominen *executory contracts*. Por tanto, podría deducirse que el momento decisivo para determinar el alcance de la *consideration* es el momento final de ejecución de la promesa. Sin embargo, ATIYAH estima que solo puede hablarse de un contrato basado en mutuas promesas si tomamos en consideración la promesa en sí y no la mera expectativa de ejecución.

La causa aparece así dotada de un doble significado, por una parte es requisito para la existencia del negocio —significado genérico—, por otra es requisito para la eficacia de los derechos y obligaciones que la relación contiene —significado específico o concreto—.

⁴⁴⁶ V. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., pgs. 315 y ss.

⁴⁴⁷ Esta interpretación parte de la superación de las concepciones puramente objetivas o subjetivas de la causa, ya que desde un punto de vista puramente subjetivo, la causa deriva de la exclusiva consideración del fin inmediato que se proponen alcanzar las partes —sinalagma funcional—, mientras que desde un punto de vista objetivo, la causa se basa en la consideración exclusiva del negocio o contrato en sí —sinalagma genético—.

En definitiva, conforme a la concepción tradicional, el ámbito de aplicación de la bilateralidad y sus especiales consecuencias se reduciría a los contratos bilaterales perfectos, como la compraventa, ya que en ellos concurre un sinalagma genético y un sinalagma funcional. Quedarían así fuera de esta categoría determinadas formas contractuales en las que concurre un sinalagma funcional pero no genético, como es el caso de los contratos bilaterales imperfectos o contratos sinalagmáticos *ex post facto*. Estos contratos en su origen carecen de obligación a cargo de ambas partes contratantes, si bien en el momento de la liquidación imponen también obligaciones a cargo de la otra —v. gr., depósito, comodato, préstamo o mandato—⁴⁴⁸.

Frente a la concepción tradicional causalista se alzan importantes objeciones. Por un lado, trata de fundar una estructura unitaria del contrato bilateral a través del concepto de sinalagma⁴⁴⁹, pero se acaba rompiendo aquella unidad al distinguir entre un sinalagma genético y otro funcional. Por otro, hay que tener en cuenta que en el derecho español, la *causa funcional* no deja de producir recelo. Con arreglo al sistema causalista parece que solo puede hablarse de causa genética, pues la ejecución, el cumplimiento y la concreta atribución patrimonial que derivan del negocio carecen de causa independiente. Así, en la compraventa, la causa válida es la del contrato, necesaria, en última instancia, para que se produzca el efecto traslativo⁴⁵⁰. Además de que basta con que la compraventa se pacte a plazos y no al contado para que el sinalagma funcional se diluya.

Ante estas críticas se fueron abriendo paso determinadas tendencias, que inspiradas en una razón de equidad, se dirigen, fundamentalmente, a ampliar el ámbito de aplicación de la bilateralidad, extendiendo sus consecuencias específicas a otras situaciones de hecho semejantes. En especial, a la categoría híbrida de los contratos bilaterales imperfectos. Entre esas nuevas tendencias destaca la doctrina italiana del contrato con prestaciones correspectivas⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ V. TRAVIESAS, M., «Obligaciones recíprocas», cit., pgs. 280 y ss.

⁴⁴⁹ Si bien el argumento histórico milita en contra de la identificación del sinalagma con la esencia del contrato bilateral, ya que parece que el derecho romano atribuyó al término griego diversos significados, y el sinalagma se identificó tanto con la permuta como con la sociedad, por lo que puede que no tuviera otro significado que el de *contractus*. V. ENNECCERUS, L., *Derecho de obligaciones*, t. II-I, Barcelona, 1966, pg. 164, n. 4.

⁴⁵⁰ Desde esta perspectiva, la mal llamada causa funcional sería más bien un problema propio de la base del negocio. No obstante, el profesor DE CASTRO considera la base del negocio como un elemento más del mismo, distinto de la causa, v. *El negocio jurídico*, cit., pgs. 321 y ss.

⁴⁵¹ V. ESPÍN CÁNOVAS, D., «Tendencias modificadoras de la categoría del contrato bilateral», cit., pgs. 444 y ss, en especial, pgs. 446, 447, 458 y 459. Según este autor es dudoso que nos encontremos ante una tendencia expansiva del propio concepto de bilateralidad, sino que más bien nos encontramos ante un proceso destructivo de la categoría que se encamina a su sustitución por otras categorías jurídicas ya existentes, pero de contenido más amplio, como la onerosidad, o por otras categorías jurídicas nuevas, como el contrato con prestaciones correspectivas del Derecho italiano.

Se trata de una categoría contractual que adoptó *ex novo* el legislador italiano de 1942, pero que, en realidad, no resulta muy distinta de aquella que en el Código anterior de 1865 distinguía los contratos bilaterales de los unilaterales⁴⁵². Para la doctrina dominante, el contrato con prestaciones correspectivas es una «versión moderna más evolucionada» del contrato bilateral y del concepto de sinalagma. El cual ya no se entiende como conexión entre dos obligaciones o promesas —sinalagma genético— o entre dos prestaciones —sinalagma funcional—, sino que debe situarse en el momento de cumplimiento de las prestaciones, con la consecuencia de que en realidad el sinalagma es únicamente funcional. Hay una interdependencia o causalidad recíproca entre las prestaciones, pero causalidad, no en el sentido determinístico o etiológico del término, sino en un sentido finalístico o teleológico. De modo que, en el ámbito del Derecho italiano, esta concepción permitía explicar el carácter sinalagmático del contrato de compraventa, en el que puede faltar *ad inicio* una obligación efectiva a cargo de uno de los contratantes. A diferencia del Derecho español, en el Ordenamiento jurídico italiano, la compraventa se configura como un contrato consensual con eficacia real. La transmisión de la propiedad no requiere entrega efectiva por parte del vendedor, sino que el acuerdo va acompañado de los efectos transmisivos. Por tanto, inicialmente, parece difícil hablar de la existencia de dos obligaciones a cargo de ambas partes, ya que solo resulta obligado el comprador, y, en cualquier caso, la reciprocidad existiría entre la obligación de pagar el precio y el efecto real de la venta, no entre dos obligaciones. Frente a ello, la configuración de un sinalagma funcional permite explicar satisfactoriamente la situación, al desplazar el nexo de interdependencia esencial de la bilateralidad desde el momento inicial del nacimiento de la obligación al momento final de su cumplimiento⁴⁵³.

Ahora bien, si la correspectividad se identifica con la bilateralidad, en cuanto comporta interdependencia entre los cumplimientos, también se aproxima a la onerosidad, en cuanto supone una interdependencia de atribuciones patrimoniales, de las ventajas y sacrificios que cada cumplimiento conlleva. Ello permite a los autores acabar con la rigidez de la doctrina tradicional y abrir las fronteras que limitaban el contrato bilateral para incluir los considerados contratos bilaterales imperfectos. De manera que quedarían fuera de la categoría únicamente los contratos *unilateralmente vinculantes*. Por otro lado, esta interpretación puede acabar también con las fronteras existentes entre el contrato bilateral y los contratos plurilaterales, ya que no cabe duda de que en un contrato plurilateral es posible hablar de correspectividad o reciprocidad de atribuciones patrimoniales⁴⁵⁴. Así, en Derecho italiano algunos autores identifican correspectividad y

⁴⁵² V., arts. 1406, 1453, 1460, 1461, 1462, 1463 y 1467 del Código Civil italiano de 1942. Los contratos con prestaciones correspectivas se contraponen a los contratos a cargo de una sola parte, arts. 1333 y 1468 del mismo Código.

⁴⁵³ V. ESPÍN CÁNOVAS, D., «Tendencias modificadoras de la categoría del contrato bilateral», cit., pgs. 454 y 455.

⁴⁵⁴ Por su parte, el Derecho alemán libre de las limitaciones de un sistema causalista, distingue entre «los contratos que obligan bilateralmente y los contratos que obligan unilateralmente». En los primeros la prestación de cada parte es prometida en concepto de retribución o contraprestación por la prestación de

onerosidad⁴⁵⁵, en tanto que otros han tratado de ver en la corresponsividad de prestaciones el nacimiento de una categoría jurídica nueva y distinta de cualquier otra ya existente⁴⁵⁶.

En Derecho español tampoco faltaron alternativas a la interpretación tradicional causalista y, frente al concepto de contrato bilateral, se abrió paso el concepto de contrato con obligaciones «correlativas». Una concepción que no se atiende tanto a la bilateralidad del vínculo contractual, cuanto a la correlatividad del sacrificio o de la ventaja respectiva que cada una de las partes encuentra por efecto directo del contrato, aunque mantiene la distinción entre bilateralidad y onerosidad, ya que esa distinción no tiene que verse afectada por el hecho de que determinados remedios específicos de los contratos bilaterales deban extenderse a la categoría más amplia de los contratos onerosos⁴⁵⁷. Una cosa es que la categoría jurídica de las relaciones sinalagmáticas sea

la otra. Desde esta perspectiva, los contratos bilaterales son normalmente contratos de cambio, pues conllevan un cambio de prestaciones, si bien lo fundamental no es el cambio de prestaciones en sí, sino que cada parte haya prometido su prestación a título de contrapartida de la otra. Así, aunque haya cambio de prestaciones, si no se aprecia esa contrapartida el contrato no será bilateral. Mientras que si concurre el requisito esencial de la contrapartida entre las prestaciones a las que se comprometen los contratantes, aunque el contrato no dé lugar a un cambio de prestaciones, será bilateral. Así, en el comodato, por ejemplo, hay cambio de prestaciones, la obligación de concesión de uso y de restitución, pero la una no constituye la contrapartida de la otra. Al mismo tiempo, si una prestación que corrientemente es objeto de un contrato unilateral, es prometida a cambio de una contraprestación, el contrato es bilateral. Así, la fianza a cambio de una concesión de crédito prometida al fiador (aunque sea a favor de un tercero) es bilateral. Desde este punto de vista, la sociedad será un contrato bilateral, pues cada uno de los socios promete su prestación para la consecución del fin común con el objeto de que también los otros se obliguen a prestaciones con el mismo fin. V. TRAVIESAS, M., «Obligaciones recíprocas», cit., pg. 283.

⁴⁵⁵ V. DE SIMONE, M., «Il contratto con prestazioni corrispective», *Riv. Trim. Dir. Pro. Civ.*, 1948, pgs. 23 y ss.

⁴⁵⁶ V. PINO, A., *Il contratto con prestazioni corrispective*, Padua, 1963, en especial, pgs. 159 a 164. Este autor alude a la corresponsividad de intereses, entendidos estos en sentido jurídico como recíproca transferencia de bienes y servicios realizada en un único instrumento negocial. Esta interpretación en su intento de traspasar las fronteras existentes con los contratos unilaterales se aproxima al ámbito de los contratos de cambio, pero mantiene fuera de la categoría a los contratos plurilaterales. En un contrato unilateral cabe hablar de corresponsividad o reciprocidad de intereses, sin embargo, la corresponsividad entendida como reciprocidad de intereses contrapuestos se enfrentaría a la concurrencia de intereses propia de una relación plurilateral.

⁴⁵⁷ Así, para ALONSO PÉREZ —v. ALONSO PÉREZ, M., *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967—, la concepción tradicional causalista es resultado del confusionismo existente en el Derecho común del periodo intermedio entre sinalagma, bilateralidad y reciprocidad de las obligaciones. Tanto los canonistas medievales como los autores del Derecho consuetudinario francés atribuyen a la interdependencia y condicionalidad recíproca propia de los contratos innominados *do ut des* el nombre de sinalagma, si bien el sinalagma en Derecho romano hacía referencia a la idea general del contrato, mientras que la bilateralidad designaba el paralelismo propio de las obligaciones nacidas de los contratos consensuales, y la reciprocidad solo se producía en el ámbito de los contratos innominados, donde se originaron una serie de mecanismos jurídicos dirigidos a obtener la contraprestación, desde la *condictio causa data causa non secuta* a la *actio doli*. En este sentido, el profesor IGLESIAS —v. *Derecho Romano*, cit., pg. 469— pone de manifiesto que, en tanto en los contratos nominados de carácter bilateral como la compraventa no se otorga a la parte cumplidora la posibilidad de elegir entre la ejecución y la resolución del vínculo contractual, esta posibilidad sí se admite en el ámbito de los contratos innominados. De ahí que, posteriormente, se inicie un proceso dirigido a extender a los contratos consensuales el sistema de interdependencia propio de los contratos *do ut des*. Proceso que alcanza su

susceptible de ampliación, algo que desde la perspectiva de la doctrina tradicional, mayoritaria en Derecho español, parece difícil de admitir, y otra, muy distinta, que los efectos característicos de la bilateralidad, especialmente la resolución por incumplimiento y la *exceptio inadimpleti contractus*, deban extenderse a otras situaciones dignas del mismo amparo⁴⁵⁸.

Por último, es importante señalar que si la interdependencia exige que cada deber de prestación funcione como equivalente del deber de prestación recíproco, la compraventa «como prototipo de contrato sinalagmático, supone en principio una cierta equivalencia de las prestaciones»⁴⁵⁹. Ello no significa que deba existir una absoluta igualdad de valor objetivo entre la cosa y el precio⁴⁶⁰ ni que la valoración quede al margen de la apreciación subjetiva de las partes, ya que la interdependencia entre las obligaciones concurre cualquiera que sean las finalidades perseguidas por las partes o sus motivaciones internas. Si bien, la norma no ampararía en ningún caso el abuso de derecho (art. 7.2 CC) o una desproporción importante entre las obligaciones que conlleve la ilicitud del acuerdo (art. 53 CCom). En cuanto contrato oneroso, en la compraventa hay una interdependencia de efectos patrimoniales, de las ventajas y sacrificios que el contrato conlleva para cada parte, lo que permite contemplar la

punto culminante cuando DOMAT define la bilateralidad como «un cambio recíproco de prestaciones», incluyendo dentro de su ámbito no solo figuras del contrato innominado —permuta—, sino también del contrato consensual —compraventa—. Así, la doctrina tradicional identifica la interdependencia o condicionalidad recíproca con la mutua causalidad y, en consecuencia, la estructura jurídica de los contratos *do ut des* con la estructura jurídica de los contratos consensuales, desplazando el fundamento de la reciprocidad del campo de los efectos contractuales al campo de los vínculos contractuales.

En opinión de ALONSO PÉREZ ceñirse al vínculo y a la reciprocidad de obligaciones en que aquel consiste es no distinguir el contrato en sí mismo considerado de la relación contractual que este origina, es prescindir de la funcionalidad que cumple el negocio en el tráfico de bienes. Frente a ello debe tenerse en cuenta que si la bilateralidad contractual supone correlatividad de obligaciones, la correlatividad no es más que el medio necesario a través del cual se produce la funcionalidad del negocio en el tráfico de bienes. De modo que lo importante es esa funcionalidad, es decir, el hecho de que cada parte se obliga con el fin de obtener una ventaja patrimonial que es contrapartida de la obligación de la otra parte. V. ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, cit., pags. 126 a 128. A favor de esta concepción se manifiesta FINEZ RATÓN, *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, 1992, pg. 31, n. 24.

⁴⁵⁸ Tengamos en cuenta que se trata de remedios que en mayor o menor medida se han visto reconducidos a la equidad, y la equidad, como principio general del derecho, no puede circunscribirse a una categoría jurídica concreta con exclusión de todas las demás, v. ESPÍN CANOVAS, D., «Tendencias modificadoras de la categoría del contrato bilateral», cit., pgs. 457 y 459. También, FINEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pg. 31, n. 24.

En este sentido, tanto los partidarios de la concepción más tradicional —v. TRAVIESAS, M., «Obligaciones recíprocas», cit., pg. 277—, cuanto los que prefieren hablar de contrato con obligaciones correlativas —v. ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, cit., pg. 129— fundan en la equidad la facultad resolutoria.

⁴⁵⁹ Esta afirmación se debe a LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, Barcelona, 1958, pgs. 40 y 41.

⁴⁶⁰ De manera que, como apunta el profesor DÍEZ-PICAZO, «aunque el vendedor venda muy barato y el comprador compre muy caro, el sinalagma existe», v. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, pg. 432.

necesidad de que concurra un equilibrio entre las atribuciones patrimoniales que se realicen las partes.

1.2. Las obligaciones recíprocas de restitución consecuencia del ejercicio de las acciones de invalidez e ineficacia

El efecto restitutorio derivado del ejercicio de las acciones de invalidez e ineficacia de los contratos —nulidad y rescisión— origina una situación de reciprocidad entre las obligaciones de devolución a cargo de los contratantes. En tanto uno de los contratantes no devuelva aquello a lo que está obligado en virtud de la declaración de nulidad, el otro no podrá ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba (art. 1308 CC)⁴⁶¹. Ahora bien, esto no significa que se puedan aplicar automáticamente a este tipo de obligaciones los mecanismos de defensa previstos por el legislador para las obligaciones recíprocas.

En cuanto a la excepción de incumplimiento contractual, de la normativa se deriva la necesidad del cumplimiento simultáneo de las obligaciones de restitución a cargo de ambos contratantes y la posibilidad de suspender el cumplimiento frente al contratante que pretenda la restitución sin haber devuelto aquello a lo que venía obligado⁴⁶². El hecho de que las obligaciones deriven de la Ley y no del contrato no parece motivo suficiente para rechazar su carácter recíproco. Lo importante es que se dé la situación de hecho por la que se subordina —ya sea por voluntad de la Ley o de las partes— la obligación de cumplir de cada sujeto a la circunstancia de que el otro

⁴⁶¹ V. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., pgs. 484 y 508. También, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pgs. 580 y 602.

⁴⁶² No obstante, no ha faltado quien considera que hablar de excepción de incumplimiento contractual en estos casos resulta inadecuado, porque no concurre un incumplimiento del contrato sino de obligación legal. Además, admitir la excepción de incumplimiento sin posibilidad de resolución carece de sentido, ya que la suspensión provisional en que la excepción consiste concluye mediante la resolución, sino se originaría una situación de vinculación perpetua a la espera de que uno de los obligados cumpla. De modo que no estaríamos ante obligaciones recíprocas a las que se puedan aplicar las consecuencias jurídicas propias de la reciprocidad, ya que la causa última de las obligaciones de restitución es la nulidad del contrato y no la contraprestación restitutoria de la otra parte. V. LÓPEZ-BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, pgs. 74 y ss, y, de la misma autora, «El supuesto carácter recíproco de la obligación de restitución derivada de un contrato nulo o anulable», en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, II, Valencia, 1995, pgs. 2035 y ss., pg. 2042. A juicio de esta autora, ni aun en el supuesto de que el contrato afectado de nulidad sea bilateral o sinalagmático y ambos contratantes hubieran cumplido las prestaciones a su cargo puede decirse que la reciprocidad constituya una característica propia de este tipo de obligaciones. El deber de prestación de una parte no funciona como contravalor o contrapartida del deber de prestación de la otra, sino como medio para restaurar la situación anterior al contrato. En ningún caso puede decirse que la causa de la obligación de cada uno sea causa de la obligación del otro —sinalagma genético—, porque la causa de ambas obligaciones es la Ley, que impone la restitución como una consecuencia típica de la declaración de nulidad. Al mismo tiempo, el cumplimiento simultáneo de ambas obligaciones —sinalagma funcional— solo tiene sentido en la fase de ejecución de la sentencia, donde se puede imponer coactivamente.

cumpla⁴⁶³. Esa situación de subordinación es la que garantiza la contrapartida patrimonial por medio de la cual se realiza el intercambio de bienes y servicios en las obligaciones recíprocas y, en el caso concreto de la obligación de restitución, se produce la restauración de la situación primitiva. Si bien, cuando exigimos la concurrencia de aquella situación de hecho de obligatoriedad recíproca entre las prestaciones queremos hacer referencia a que *prima facie* se requiere que la restitución recíproca sea posible natural y jurídicamente⁴⁶⁴. La nulidad deriva de un contrato que puede revestir distinta naturaleza, puede ser oneroso o gratuito, bilateral o unilateral, y puede encontrarse a su vez plenamente ejecutado, pendiente o en curso de ejecución. Pero, el legislador, incapaz de abarcar la variedad de situaciones en las que puede hallarse el contrato nulo, a la hora de determinar las consecuencias de la nulidad, toma como prototipo el contrato de compraventa totalmente ejecutado por ambas partes al momento de la declaración de nulidad, lo cual no significa que las consecuencias de la nulidad solo se desencadenen ante un contrato con estas características. La restitución es una consecuencia natural de la nulidad. De modo que, aun cuando la sentencia meramente declarativa no condene a la devolución de las prestaciones ejecutadas en cumplimiento del contrato, las partes están obligadas a la restitución y podrán exigírsela recíprocamente⁴⁶⁵.

Por otro lado, ante una situación de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones de restitución, los autores consideran que no podría ejercerse la acción de resolución (art. 1124 CC), de modo que el obligado por la Ley a restituir lo que en su día recibió en función del contrato nulo no podrá, frente al incumplimiento de la otra parte, verse libre de su propia obligación⁴⁶⁶. Declarada la nulidad y en fase de ejecución

⁴⁶³ Como afirma TRAVIESAS, «hay situaciones no contractuales, sin duda, en que un obligado puede oponerse al cumplimiento de la prestación que debe, mientras que otro obligado no cumpla también, por su parte, en la misma situación», v., «Obligaciones recíprocas», *RDP*, 1929, pgs. 273 a 288 y 320 a 229 respectivamente, en especial, pgs. 332 y 333.

⁴⁶⁴ Hay que tener presente que si bien la restitución es una consecuencia típica de la nulidad, no es la única ni la más importante y que puede que la nulidad no conlleve necesariamente obligaciones de restitución para ambas partes: porque las cosas hayan perecido o la naturaleza propia del contrato sea incompatible con una restitución efectiva, o porque el contrato haya sido a título gratuito o no haya generado todos sus efectos para ambas partes. V. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., pgs. 475 y 483.

⁴⁶⁵ En este sentido el artículo 1308 del Código Civil no puede ser considerado más que como una manifestación de la excepción de incumplimiento contractual, como manifestaciones de la misma son también los artículos 1466 y 1467 del mismo Código. V. LÓPEZ-BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual. Consecuencias*, cit., pgs. 93 y ss, y «El supuesto carácter recíproco de la obligación de restitución derivada de un contrato nulo o anulable», en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, II, cit., 2058 y 2059.

⁴⁶⁶ Las razones que se aducen hacen referencia al hecho de que por la nulidad o en su caso la rescisión decretada ya se ha producido el aniquilamiento jurídico del contrato, de manera que no cabe la extinción de efectos contractuales que es a lo que tiende la resolución. Puesto que su principal efecto es la destrucción del vínculo contractual, para que proceda es preciso un contrato válido. Frente a ello, las obligaciones de restitución derivadas de una situación de nulidad o de rescisión suponen una declaración judicial previa de ineficacia, por lo que no se fundan en una situación de incumplimiento, sino en una circunstancia invalidante normalmente anterior al momento de ejecución del contrato. V. TRAVIESAS,

de sentencia, si una parte o ambas han sido condenadas a restituir, no pueden verse libres de su obligación alegando la falta de cumplimiento de la otra parte; lo que tendrá que hacer cada parte es pedir la restitución de lo que le corresponde. Además, si una de las partes sostiene la validez del contrato y se niega a restituir, la otra no puede acudir a la resolución por incumplimiento, sino que deberá solicitar la declaración de nulidad y como consecuencia de esta la restitución, para lo cual pedirá la ejecución de la sentencia. El legislador establece como requisito necesario para la existencia de las recíprocas obligaciones de restitución, la concurrencia de una declaración de nulidad, único medio a través del cual las partes pueden compelerse a la restitución.

En consecuencia, se ha afirmado que el régimen concursal previsto para los contratos con obligaciones recíprocas solo sería parcialmente aplicable a las obligaciones recíprocas de restitución, ya que al no existir un contrato, no sería de aplicación la resolución en interés del concurso (art. 61.2-II LC) ni la resolución por incumplimiento (art. 62)⁴⁶⁷. Sin embargo, no hay aplicación parcial de la normativa concursal sobre contratos con obligaciones recíprocas, sino aplicación de las reglas generales civiles para las obligaciones recíprocas de restitución eficaces dentro y fuera del procedimiento concursal⁴⁶⁸. Por tanto, la cuestión debe reconducirse a determinar si es o no oponible al concurso la excepción de incumplimiento por la contraparte *in bonis* en una situación de restitución recíproca de prestaciones. Si admitimos que la parte no concursada puede negarse a restituir hasta que reciba la restitución del concursado, estamos aceptando la existencia de un crédito contra la masa a su favor. En cambio, si la parte *in bonis* no puede negarse a restituir ante la exigencia de restitución del concurso, como contrapartida gozará únicamente de un crédito concursal, que deberá ser comunicado, reconocido y clasificado dentro del procedimiento. En nuestra opinión, si bien del principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas vigente en el concurso puede deducirse la oponibilidad de la excepción de incumplimiento, hay que tener en cuenta, sin embargo, que las obligaciones de restitución derivadas de la declaración de invalidez e ineficacia de los negocios tienen su origen en la Ley, que impone a los contratantes la obligación de restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (art. 1303 CC), y la normativa concursal en su detallada enumeración de supuestos de créditos contra la masa (art. 84.2) solo acoge a «los que resulten de obligaciones nacidas de la ley [...] con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo» (84.2-10.º). De manera que, los créditos derivados de obligaciones nacidas de

M., «Obligaciones recíprocas», cit., pg. 287. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 602.

⁴⁶⁷ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1155. En contra, BONARDELL LENZANO, R., *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, cit., pgs. 50 a 52.

⁴⁶⁸ Por eso tampoco nos parece correcto hablar de aplicación analógica de las normas concursales en estos supuestos, ya que la solución aplicable no deriva de las reglas especiales del concurso, sino de las normas generales del Derecho común que proporcionan una tutela suficiente dentro y fuera del concurso.

la ley con anterioridad a la declaración de concurso serán créditos concursales, no créditos contra la masa, y parece que cuando el legislador ha querido «convertir» créditos concursales en créditos contra la masa lo ha recogido expresamente (v. gr., art. 84.2-1.º LC).

Más problemático resulta dilucidar el carácter concursal o contra la masa del crédito por la restitución a favor del contratante *in bonis* cuando, habiéndose ejercido la acción con anterioridad al concurso, la declaración de ineficacia negocial se produce después. En principio, hay que tener en cuenta que existiría un juicio declarativo en tramitación al momento de la apertura del procedimiento, que continuará sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviese conociendo del mismo hasta la firmeza de sentencia (art. 51 en relación con el art. 8 LC), si bien habrá que determinar la calificación del crédito resultante a favor de la parte *in bonis* como consecuencia de la declaración de ineficacia. No parece correcto considerar que la obligación legal de restitución ha surgido con posterioridad a la declaración de concurso con el pronunciamiento judicial que acuerda los efectos restitutorios de la ineficacia y que, en consecuencia, el crédito por la restitución a favor de la parte *in bonis* sería un crédito contra la masa (art. 84.2-10.º LC). La obligación legal de restitución trae su causa de un negocio concluido con anterioridad a la declaración de concurso y el momento de surgimiento del negocio nulo o rescindible sería determinante para la calificación de los créditos derivados de la nulidad o de la rescisión. Además, en puridad, no puede decirse que la obligación restitutoria haya sido creada por la Ley, sino que, realmente, la Ley atribuye a determinados hechos esos efectos, de tal manera que la fuente de la obligación es el propio hecho contemplado en la norma como idóneo para generar la obligación, es decir, el supuesto determinante de la nulidad o de la rescisión, que se originó antes de la declaración de concurso, por lo que el crédito restitutorio resultante debería calificarse de concursal⁴⁶⁹.

Una solución distinta ofrece la Ley Concursal cuando la nulidad o la rescisión se producen como consecuencia del ejercicio de las acciones de reintegración concursales a instancias de la administración concursal y, por tanto, en interés del propio concurso.

1.2.1. Las obligaciones de restitución consecuencia del ejercicio de las acciones de reintegración concursales

Una vez declarado el concurso también pueden surgir obligaciones de restitución recíprocas como consecuencia del ejercicio de las acciones de reintegración concursales, las cuales se originan en la declaración de ineficacia de aquellos actos realizados por el deudor con anterioridad a la apertura del procedimiento concursal en

⁴⁶⁹ Este criterio, desplegado por el Tribunal Supremo en torno a la consideración de los créditos contra la masa que resulten de obligaciones nacidas de la Ley, se ha convertido en doctrina jurisprudencial consolidada en relación con obligaciones tributarias por sanciones —STS 23.2.2011, (R. 1627/07)—, retenciones por IRPF —STS 31.1.2011, (R. 844/07)—, o créditos por IVA —STS 3.3.2011, (R. 2239/06)—, v. todas ellas en el *ADCo*, 24, 2011-3.

detrimento de la masa activa del concurso y en los que concurre, con frecuencia, la intención de defraudar a los acreedores. Con el fin de remediar estas situaciones de perjuicio para los acreedores concursales, los Ordenamientos jurídicos prevén una serie de medidas dirigidas a reintegrar en la masa los bienes que salieron indebidamente de ella en función de esos actos realizados por el deudor antes de la declaración judicial de concurso. Así, la Ley Concursal contempla la posibilidad de ejercicio de una *acción rescisoria* específica del procedimiento concursal (art. 71.1), que coexiste con «otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho» (art. 71.6). Todas ellas sujetas a las mismas normas de legitimación y procedimiento (art. 72), pero no a los mismos efectos, ya que la Ley solo regula los *efectos de la rescisión* (art. 73)⁴⁷⁰.

La normativa concursal permite la rescisión de los actos realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso que sean perjudiciales para la masa activa, aunque no hubiera concurrido en ellos intención fraudulenta. Este sistema de reintegración supone una notable evolución frente al criticado mecanismo de nulidades retroactivas propias del Derecho codificado.

La reintegración de la masa en el procedimiento de quiebra se producía a través de un *sistema mixto* que combinaba una fase de reintegración de carácter absoluto, la *retroacción*, con otra fase de reintegración de carácter relativo, constituida por «las acciones revocatorias especiales de la quiebra». De estos dos elementos, la retroacción de la quiebra era el más controvertido tanto entre la doctrina⁴⁷¹, como en la

⁴⁷⁰ Las consecuencias con respecto a esas otras acciones de impugnación serán las previstas en las normas generales de Derecho común para cada una de ellas. Algunos consideran que el artículo 73 no podría aplicarse a otras acciones de impugnación, tanto restitutorias como concursales (art. 71.6), distintas de la rescisoria. De modo que lo dispuesto en ese precepto no resulta aplicable a la declaración de ineficacia de un acto en el marco del procedimiento concursal en virtud de una acción de impugnación distinta de la rescisoria concursal, v. MARTÍN REYES, M. A., «La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada», *RCDI*, 2004, pgs. 913 y ss., pgs. 927 y ss; también, LEÓN, F., «Art. 73. Efectos de la rescisión», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, cit., pgs. 1330 y ss. Frente a ello, se ha defendido la posibilidad de incluir cualesquiera pretensiones *rescisorias* en el supuesto de hecho del art. 73 LC, mientras que en cuanto al resto de posibles *acciones de impugnación* —v. gr., nulidad, anulabilidad—, «ciertamente quedará al margen de los dictados del art. 73, pero deberá subrayarse que, en la mayoría de las ocasiones, tampoco generará un régimen de efectos especialmente diverso», v. GIL RODRÍGUEZ, J., «Art. 73», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pgs. 886 y ss, pg. 888.

⁴⁷¹ V. ROJO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *RDM*, 151, 1979, pgs. 37 a 100, pgs. 61 y ss; «Nota a la STS de 15 de octubre de 1976», *RDP*, 62, (1978), pgs. 76 y ss, y «reintegración de la masa», voz de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, pgs. 5746 y ss. También, MASSAGUER FUENTES, J., *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, pgs. 35 y ss; JIMÉNEZ ESCÁRZAGA, J. D., «La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de Comercio», *RDM*, 1958, pgs. 39 y ss; MARTÍN REYES, M. A., «Retroacción de la quiebra, nulidad del contrato y restitución de prestaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1973», *RJC*, 1975, pgs. 331 y ss.; ALCOVER GARAU, G., *La retroacción de la quiebra*, Madrid, 1996; BELTRÁN, E., «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», cit., pgs. 3479 y ss, pgs. 3493 y ss.; y SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, Pamplona, 1997.

jurisprudencia⁴⁷². Para la doctrina mercantil tradicional y mayoritaria, la retroacción constituía una forma de reconstitución absoluta, pues se dirigía a permitir que los efectos de nulidad que generaba la inhabilitación del quebrado tras la apertura del procedimiento de quiebra —arts. 1035 y 1036 CCom de 1829, y art. 878 CCom de 1885— se produjeran en un momento temporal anterior a la misma, en el cual el deudor se encontraba ya en la situación de no poder hacer frente a los pagos. De modo que, *todos los actos* de dominio y administración realizados por el deudor con posterioridad a la fecha de retroacción se consideraban nulos de pleno derecho —art. 1024 CCom. de 1829—⁴⁷³. Las revocatorias especiales de la quiebra, en cambio, tenían un carácter relativo, ya que se dirigían a permitir la anulación de *determinados actos* del deudor celebrados en fraude de acreedores —arts. 879 a 882 CCom de 1885—⁴⁷⁴.

Frente a ello, dentro del procedimiento concursal serán rescindibles por los administradores concursales o, subsidiariamente por los acreedores, los actos o contratos realizados por el deudor en perjuicio de la masa activa en los dos años anteriores a la declaración de concurso. El legislador prescinde de la intencionalidad de las partes en la realización de tales actos y proporciona una serie de presunciones *iuris*

⁴⁷² V. GARRIDO, J. M., «Jurisprudencia española en materia de quiebras (1978-1988)», cit., pgs. 575 a 714, pgs. 656 a 680; CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, Pamplona, 1995, pgs. 231 y ss; y *Legislación y jurisprudencia concursales*, cit. También, DE ÁNGEL, R., «En torno al polémico artículo 878 del Código de Comercio», *ADCo*, 13, 2008, pgs. 7 y ss.

⁴⁷³ En el auto de declaración de quiebra el juez fijaba la *época* a que debían retrotraerse los efectos de la declaración de quiebra, y todos los actos de dominio y administración realizados por el deudor con posterioridad a esa *época* eran nulos —arts. 1024 CCom de 1829 y 878.2 CCom de 1885—. La *tesis de la nulidad*, no obstante sus graves deficiencias para la seguridad del tráfico, se reconoce, tanto a nivel doctrinal y jurisprudencial, como la propia del Derecho español. V., por todos, ROJO, A., «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., pg. 67. También, especialmente, BELTRÁN, E., «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la quiebra», cit., pgs. 3493 y 3494. La sala primera del Tribunal Supremo recogía con carácter general esta tesis tradicional y mayoritaria, v. GUILARTE, C., «Las categorías de ineficacia en la Ley Concursal», *ADCo*, 10, 2007, pgs. 61a114, en especial, pgs. 65 y ss. DE ANGEL —«En torno al polémico artículo 878 del Código de Comercio», cit., pgs. 21 y ss— pone de manifiesto cómo en la jurisprudencia se abre paso, junto a la *interpretación rigorista* de la tesis de la nulidad absoluta y de pleno derecho, una *interpretación flexible* dirigida a entender que en tanto el artículo 878 se dirige a proteger a los demás acreedores del deudor quebrado, solo puede conducir a la declaración de nulidad del acto cuando dicho acto hubiese implicado un perjuicio para los otros acreedores.

⁴⁷⁴ Ahora bien, mientras que en los actos que describían los arts. 879 y 880 se presumía la concurrencia del fraude y, en consecuencia, no era preciso probarlo, en los arts. 881 y 882 se recogían revocatorias «ordinarias» cuyo ejercicio exige la prueba del fraude en el acto objeto de impugnación. Así, el art. 879 del CCom ordenaba la devolución a la masa de las cantidades que el quebrado hubiere satisfecho en los 15 días precedentes a la declaración de quiebra, y que sean de vencimiento posterior a la fecha de tal declaración. El art. 880, por su parte, enumeraba los contratos que, celebrados por el quebrado en los 30 días precedentes a la quiebra, se reputan fraudulentos y debían considerarse ineficaces. El 881 recogía los actos y contratos que a instancia de los acreedores, y mediante la prueba de haber procedido el quebrado con ánimo de defraudarlos en sus derechos, podían anularse; y el art. 882 declaraba que podían ser revocados a instancias de los acreedores, las donaciones o contratos celebrados en los dos años anteriores a la quiebra, si llegase a aprobarse cualquier especie de suposición o simulación hecha en fraude de acreedores.

et de iure (art. 71.2) y *iuris tantum* (art. 71.3) del perjuicio, dirigidas a facilitar su prueba. De modo que la rescisoria concursal es una acción fundada en la lesión para la masa del acto sujeto a impugnación, y de carácter restitutorio. La declaración de ineficacia del acto rescindido supone la recíproca restitución de las prestaciones objeto del mismo, con sus frutos e intereses (art. 73.1). El contratante *in bonis* deberá restituir al concursado la prestación realizada por este y la contraprestación a su favor será un crédito contra la masa, «que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado» (art. 73.3). Así ocurrirá en los casos de compraventas simuladas o en los que se haya vendido un bien por debajo de su valor de mercado o a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, salvo que se pruebe que el acto no originó perjuicio alguno para la masa activa. Si la finalidad de estas acciones se encuentra en reintegrar la situación patrimonial del deudor al momento anterior a la realización del acto lesivo para la masa, cuando la contraparte debe devolver aquello que recibió del deudor, a su vez, tiene también derecho a la restitución, y en contrapartida deberá recibir de la masa aquello que le hubiera entregado al deudor en cumplimiento de la obligación asumida⁴⁷⁵. Esta solución pone fin a la problemática suscitada bajo el artículo 878 del Código de Comercio, el cual, a través de los efectos previstos para la nulidad retroactiva, en lugar de reintegrar la masa propiciaba su enriquecimiento injusto.

La nulidad de los actos realizados por el deudor en el periodo de retroacción solía resolverse por los tribunales con la devolución de los bienes a la masa de la quiebra y la inclusión en la lista de acreedores del crédito del contratante *in bonis* por la contraprestación. El contratante *in bonis*, que pudo haber actuado de buena fe al contratar con el deudor, debía devolver la contraprestación recibida sin obtener más derecho que la participación en el dividendo correspondiente. Con ello no se preservaba la integridad de la masa, sino que se acrecentaba⁴⁷⁶. El fundamento de esta solución se encontraba en la errónea consideración de que la sindicatura no podía venir obligada a restituir la contraprestación recibida por el deudor ya que no intervino en la contratación y, en consecuencia, no podía considerarse parte en la relación jurídica preexistente. Si el órgano de la quiebra no participó en el contrato, difícilmente le serían aplicables aquellos preceptos que establecen la obligación de restitución a cargo de los sujetos que contrataron y que fueron parte del negocio (art. 1303 y ss CC). Esta interpretación se consideraba acorde con el artículo 878 del Código de Comercio, que se dirigía a la

⁴⁷⁵ V. LEÓN, F., «Art. 73. Efectos de la rescisión», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, I, cit., pg. 1332.

⁴⁷⁶ V., al respecto, MARTÍN REYES, M. A., «Retroacción de la quiebra. Nulidad del contrato y restitución de prestaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1973», cit., pgs. 342 y ss. También, GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pg.308, n.7. V., también, DE ÁNGEL, R., «En torno al polémico artículo 878 del Código de Comercio», cit., pgs. 18 y ss.

defensa de la integridad de la masa de la quiebra y, en consecuencia, trataba de restablecer en la medida de lo posible el patrimonio concursal mermado por los actos del deudor previos a la apertura del procedimiento. Ahora bien, las consecuencias de esta concepción no podían admitirse. Si el contratante *in bonis* debía restituir íntegramente lo recibido del deudor y por la contraprestación realizada no recibía de la masa más que un derecho al dividendo resultante de la liquidación concursal, la masa no solo recuperaba íntegramente la prestación realizada por el deudor, sino también un porcentaje de la correspondiente al contratante *in bonis*.

La delimitación de los efectos de la retroacción bajo el Derecho codificado partía de un equívoco, la consideración del contratante *in bonis* del deudor como un tercero frente al procedimiento concursal. Sin embargo, la sindicatura no podía considerarse «ajena» a la relación jurídica, ya que, una vez se declaraba la quiebra, la inhabilitación y el desapoderamiento que sufría el quebrado colocaban a los síndicos en el lugar del deudor respecto de las relaciones concluidas por este con anterioridad a la apertura del procedimiento concursal. Los síndicos, en cuanto representantes de la masa, podían obrar por el mantenimiento o la extinción de tales relaciones (art. 909-9.º, *in fine*, CCom). Al mismo tiempo, si como consecuencia de la retroacción, los efectos de la inhabilitación del quebrado se producían desde un momento anterior a la declaración de quiebra, aquel por el que resultare haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones (art. 878 CCom de 1885 en relación con el art. 1024 del CCom de 1829), era posible entender que desde la fecha de retroacción de la quiebra el deudor venía actuando sobre un patrimonio del que no podía disponer libremente ya que estaba destinado a la satisfacción de los acreedores concursales⁴⁷⁷. En tales circunstancias, el que contrató con el deudor antes de que fuera declarado en quiebra no puede considerarse un tercero frente al procedimiento. Su situación era semejante a la de aquel otro contratante cuya relación jurídica con el quebrado aún se encuentra pendiente de ejecución. En estos casos, la sindicatura podía cumplir las prestaciones a cargo del quebrado y reclamar para la masa la contraprestación de la otra parte, o bien rechazar el cumplimiento y propiciar la resolución del contrato. De manera que, si cuando la sindicatura pretende la prestación a favor del quebrado debe cumplir la contraprestación a su cargo, del mismo modo, cuando pretende la restitución de aquello que el deudor entregó en función del contrato nulo, deberá restituir por su parte la contraprestación a favor del deudor. Ello no solo no ocasiona lesión alguna para la masa, sino que es la forma de reintegrarla correctamente en la situación patrimonial anterior a la realización del acto nulo. Así como la sindicatura puede reclamar la prestación a favor del quebrado en el contrato pendiente de cumplimiento con la contraprestación a su cargo, esto es, ocupando el lugar del quebrado en la contratación, podría optar por pedir la nulidad del contrato, reclamar la prestación realizada por el quebrado y restituir a su vez la

⁴⁷⁷ Incluso llegó a afirmarse que el deudor debería actuar como una especie de mandatario de los acreedores en la realización de su interés, ya que al no haberse abierto el procedimiento los síndicos aún no se habían colocado en la posición de representantes de ese interés crediticio, v. BERMEJO GUTIERREZ, N., «Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra (Nota sobre un falso problema)», *RCDI*, 641, 1997, pgs. 1406 y ss, en especial, pgs. 1419 y ss.

contraprestación, o mantener el contrato tal y como se estipuló y conservar la prestación recibida del contratante *in bonis*⁴⁷⁸. Esta ha sido la interpretación acogida por la Ley Concursal al considerar deudas de la masa tanto los créditos 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» (art. 84.2-6º), como los créditos «que, en los casos de rescisión concursal de actos realizados por el deudor, correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por este, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el titular de este crédito» (art. 84.2-8.º)⁴⁷⁹.

1.3. Los supuestos que quedan fuera de la normativa: los contratos plurilaterales y los contratos bilaterales imperfectos

La necesidad de que concurra una relación de obligatoriedad recíproca entre dos sujetos conlleva que las particularidades de esta problemática no puedan darse en aquellos contratos en los que no se produce una situación de cambio, como los contratos plurilaterales o de asociación.

⁴⁷⁸ Este paralelismo fue puesto de manifiesto con notable acierto por MARTÍN REYES —v. «Retroacción de la quiebra. Nulidad del contrato y restitución de prestaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1973», cit., pgs. 344 y ss—. Ahora bien, hemos de tener en cuenta que la autora parte de una concepción concreta en torno al 878 del CCom que no se funda en la nulidad, sino en la anulabilidad del contrato. Y mientras que la primera no necesita ser declarada judicialmente, la segunda exige que los síndicos la demanden cuando consideren que tales actos perjudican de alguna forma a la masa, —*ibídem*—pgs. 337 y ss.

⁴⁷⁹ La redacción del art. 73.1 LC es semejante a la del art. 1295-I CC, pero la rescisoria concursal prevé algunas consecuencias específicas ya que por un lado, «si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; y por otro, si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa». De esta manera, la Ley Concursal manifiesta su rigor con el contratante del concursado que actuó de mala fe, el cual responderá frente a la masa no solo de los frutos percibidos sino también de los que hubiera debido obtener (art. 455 CC) y habrá de soportar los riesgos de pérdida o deterioro de la cosa en los términos del poseedor de mala fe (art. 457 CC), v. LEÓN, F., «Art. 73. Efectos de la rescisión», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, I, cit., pg. 1332. En consecuencia, parece que la normativa concursal solo considera la mala fe y no la buena fe del que contrató con el concursado, «pues sobre los intereses de este priman los de los acreedores, con lo que se sigue introduciendo un elemento de inseguridad en el tráfico», v. MARTÍN REYES, M. A., «La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada», cit., pgs. 929 y 930.

Frente a ello, en el Derecho civil las consecuencias restitutorias de la ineficacia se establecen acudiendo a las normas que prevén la liquidación de un estado posesorio (arts. 451 y ss), las cuales toman en consideración tanto la mala fe, como la buena fe del obligado a restituir. En este sentido se ha entendido que ante la necesidad de colmar esa laguna interpretativa del art. 73 LC y de tener en cuenta el beneficio de la buena fe es preciso también en el ámbito de la rescisoria concursal «facilitar el acceso al estatuto supletorio establecido a propósito de la regulación de la posesión», v. GIL RODRÍGUEZ, J., «Art. 73», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pg. 894.

Los contratos de cambio se caracterizan porque las partes son titulares de intereses contrapuestos⁴⁸⁰, mientras que en los contratos de asociación existe una finalidad común, un interés común que resulta de la confluencia de los intereses individuales de los contratantes⁴⁸¹. En estos contratos la resolución por incumplimiento tendría una eficacia limitada a los sujetos afectados por la circunstancia resolutoria, sin que pueda extenderse al resto de participantes en la contratación, por lo que la sociedad no se extinguiría ante esta circunstancia⁴⁸². Al mismo tiempo, frente al concurso, ni los acreedores ni los órganos del procedimiento podrían considerarse partes del contrato de sociedad, por lo que, en principio, la declaración de concurso no produce efectos para el contrato⁴⁸³. No obstante, ello no impide que la normativa prevea determinados efectos

⁴⁸⁰ Como ocurría con los contratos onerosos —v., *supra*, n. 35—, los contratos de cambio constituyen una categoría más amplia que la de los contratos bilaterales o sinalmáticos. En estos contratos la contraposición de intereses entre las partes origina una situación de recíproca conveniencia que no siempre va acompañada de la equivalencia o interdependencia de prestaciones propia del sinalagma. De modo que, si bien puede entenderse que todos los contratos bilaterales son contratos de cambio, no todos los contratos de cambio serían bilaterales.

En el préstamo con interés, por ejemplo, se da esa situación de conveniencia e intercambio recíproco, el del prestatario a poder disponer de una determinada cantidad durante un periodo de tiempo y el del prestamista a percibir la cantidad prestada acrecentada por los intereses. Sin embargo, en la estructura de la relación obligatoria, esas prestaciones no presentan la interdependencia propia del sinalagma. El contrato se perfecciona con la entrega de la cosa al prestatario, de modo que solo este viene obligado devolver otro tanto de la misma especie y calidad, más el interés pactado por el tiempo de uso de la cosa. Ahora bien, nada impide que las partes alteren este esquema obligacional y acuerden que el contrato se perfeccione por el consentimiento de los contratantes, de tal manera que no solo dejaría de ser real para convertirse en consensual, sino que al mismo tiempo nos «hallaríamos ante un contrato de naturaleza bilateral», donde la obligación de entrega de lo pactado a cargo del prestamista, tiene como contrapartida recíproca la de restitución del *tantumdem* más el pago de los intereses correspondientes. V. BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de derecho mercantil*, vol. II, Madrid, 2009, pgs. 210 y 211. No conviene olvidar que la obligación de pagar intereses es siempre una obligación accesoria de la obligación principal de restitución o entrega del capital disfrutado o utilizado y, en consecuencia, participa de las características generales de las obligaciones accesorias. De modo que, en principio, no se «articulan como estrictamente necesarias para que el interés del acreedor quede satisfecho, sino que únicamente se dirigen a ampliar o extender la utilidad o el rendimiento que la prestación principal debe proporcionarle», DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pgs. 321 y 357. No obstante, también habrá que tomar en consideración que la naturaleza principal o accesoria de la obligación depende muchas veces de la voluntad expresa o implícita de las partes y, atendiendo a esa voluntad, será posible que una obligación que *a priori* solo podría considerarse complementaria o accesoria de la principal, se pueda llegar a considerar necesaria para satisfacer el interés del acreedor.

⁴⁸¹ El contrato de sociedad ha sido considerado un contrato de organización, donde hay una colaboración o cooperación entre las partes para conseguir un determinado fin. V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Pamplona, 2007, pg. 168.

⁴⁸² Además, el legislador proporciona poco margen de actuación al art. 1124 CC., ya que para el contrato de sociedad civil se prevé que cualquiera de los socios pueda pedir la extinción de la sociedad a su arbitrio cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulte este de la naturaleza del negocio (art. 1700- 4.º CC). Por otra parte, cuando se haya señalado término el socio también podrá reclamar la disolución de la sociedad si concurre un justo motivo, «como el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales, u otro semejante, a juicio de los Tribunales» (art. 1707 CC).

En cuanto a la posibilidad de aplicar la excepción de incumplimiento contractual, parece que la sociedad o los socios que han realizado su obligación de aportar no podrán requerir el cumplimiento de uno de los socios morosos y no de los demás, v. LACRUZ, *Elementos de derecho civil*, cit., pgs. 281 y 282.

del concurso sobre la persona jurídica, que habrán de tener incidencia en el ámbito contractual. El artículo 145.3 de la Ley Concursal establece que «si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal». De este precepto se deduce que en ningún caso la declaración de concurso de la sociedad constituye, por sí sola, causa de disolución de la persona jurídica⁴⁸⁴. La Ley Concursal parte de la autonomía entre la disolución de una persona jurídica y la declaración de concurso (art. 48.1). No obstante, cuando en el procedimiento concursal de la sociedad se abra la fase de liquidación, esta deberá liquidarse conforme a lo previsto en la Ley Concursal —Cap. II, Tít. V— (arts. 221 CCom y 372 LSC). Se produce entonces un supuesto de disolución de pleno derecho de la sociedad, como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación del concurso⁴⁸⁵.

Por otra parte, entre los contratos unilaterales, que solo originan obligaciones a cargo de un contratante, y los contratos bilaterales, que generan obligaciones a cargo de ambas partes, la doctrina tradicional suele situar una categoría intermedia, la de los contratos bilaterales imperfectos. Estos contratos se caracterizan porque en el momento de su formación solo crean obligaciones para una parte, pero posteriormente pueden hacer nacer obligaciones a cargo de la otra⁴⁸⁶. Así ocurre con el mandato, el depósito o el comodato. Cuando se perfecciona el contrato solo surgen obligaciones para un contratante, de modo que el mandatario se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna

⁴⁸³ V. GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pg. 309.

⁴⁸⁴ En el Derecho codificado, del art. 221 CCom parecía deducirse que la declaración de quiebra de la sociedad producía su disolución de pleno derecho. Sin embargo, la doctrina consideraba que, admitida la posibilidad de que la sociedad quebrada alcanzara un convenio con sus acreedores —arts. 928 y 929 CCom— y dado que tales convenios podían consistir en la continuación de la empresa, no era posible que la declaración de quiebra disolviera de pleno derecho la sociedad, v. URÍA, R., «Problemas y cuestiones sobre la quiebra de las sociedades», *RDM*, 1946, pgs. 7 y ss, pgs. 30 y ss.

⁴⁸⁵ V. BELTRÁN, E. y MARTÍNEZ FLOREZ, A., «Art. 145. Efectos sobre el concursado», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pg. 2343 y 2344.

Por otra parte, si se trata de una sociedad comanditaria por acciones, la Ley de Sociedades de Capital dispone que deberá disolverse por la apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de *todos los socios colectivos*, salvo que en el plazo de seis meses se incorpore algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social (art. 363.3). En cambio, si se trata de una sociedad personalista —colectiva o comanditaria simple— se disolverá por la apertura de la fase de liquidación en el concurso de *cualquiera de los socios colectivos*.

Frente a ello, la declaración de concurso de cualquiera de los socios podría dar lugar a la extinción de la sociedad civil, ya que la insolvencia de cualquiera de los socios se contempla como una causa de extinción de la sociedad civil (art. 1700.3.º CC), a no ser que los socios solventes paguen la deuda y eviten así la disolución de la sociedad, v. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1122. También, LACRUZ, en *Elementos de Derecho civil*, cit., pg. 294.

⁴⁸⁶ V. TRAVIESAS, «Obligaciones recíprocas», cit., pgs. 280 y ss; y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1986, pg. 39.

cosa por cuenta o encargo del mandante (art. 1709 CC), el depositario a guardar la cosa y restituirla cuando le sea requerida (arts. 1758 y 1766 CC), y el comodatario debe usar la cosa y conservarla para devolverla (art. 1740 CC)⁴⁸⁷. Sin embargo, posteriormente, la concurrencia de determinadas circunstancias hace nacer obligaciones a cargo del mandante, del depositante o del comodante. Se trata de obligaciones derivadas de los deberes de liquidación propios de estos contratos, que comprenden la necesidad de reembolsar gastos o indemnizar daños y perjuicios originados en la ejecución del contrato por el sujeto obligado. Tales obligaciones no hacen sinalagmático el contrato, ya que solo son el origen de créditos accidentales que se generan con ocasión de su cumplimiento y responden a una razón de pura justicia⁴⁸⁸.

Ahora bien, el pacto de una retribución por la ejecución del encargo o la custodia de los bienes objeto de depósito puede modificar la estructura de la relación obligatoria. Como sabemos, la gratuidad es elemento natural del mandato y del depósito⁴⁸⁹, pero esencial en el comodato. De modo que, si se pactara una retribución, el comodato se transformaría en otro contrato de naturaleza diferente (probablemente un arrendamiento)⁴⁹⁰, mientras que en el caso del mandato o del depósito, si media retribución, el contrato asumiría carácter sinalagmático⁴⁹¹. Así, por el acuerdo explícito

⁴⁸⁷ Por esta razón a juicio del profesor TRAVIESAS, «los llamados contratos bilaterales imperfectos, rigurosamente, son unilaterales». Si en los contratos bilaterales es de esencia que todos los contratantes se obligan recíprocamente en el momento de la perfección del contrato, y prestación y contraprestación son recíprocamente necesarias para que el contrato se perfeccione, los contratos que en el momento de la perfección solo originan obligaciones para una parte son unilaterales. La obligación que eventualmente surja con posterioridad, no les es esencial, v. «Obligaciones recíprocas», cit., pg. 283.

Por otro lado, nada se opone a que en el caso del depósito o del comodato, en cuanto contratos reales, que se perfeccionan con la entrega de la cosa, las partes acuerden perfeccionar el contrato por el mero consentimiento, de modo que la entrega de la cosa sea simplemente el momento a partir del cual se inicia la exigibilidad de las obligaciones del depositario, y los contratos pasarían a ser bilaterales. V. BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de derecho mercantil*, vol. II, cit., pg. 148.

⁴⁸⁸ El mandante puede venir ocasionalmente obligado a reembolsar al mandatario los anticipos que este hubiera realizado para la ejecución del mandato (art. 1728 CC) e indemnizarle por los daños y perjuicios que haya podido ocasionarle el cumplimiento del encargo (art. 1729 CC). También «el depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada y a indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito» (art. 1779 CC). Del mismo modo, «el comodante debe abonar los gastos extraordinarios causados durante el contrato para la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlos, salvo cuando fueren tan urgentes que no pueda esperarse el resultado del aviso sin peligro» (art. 1751 CC.). V. LACRUZ BERMEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, cit., pg. 217.

⁴⁸⁹ Así, «a falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito» (art. 1711 CC), y «el depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario» (art. 1760 CC)

⁴⁹⁰ V. Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1986, pg. 485. Razón por la que algunos autores lo consideran un contrato puramente unilateral, v. LACRUZ BERMEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, cit., pg. 171.

⁴⁹¹ En el caso del mandato, el Código Civil establece una presunción de onerosidad cuando el mandatario tiene por ocupación el desempeño de los servicios de la especie a que se refiere el mandato (art. 1711) y, en el supuesto del depósito, la doctrina permite sobreentender el pacto contrario a la gratuidad si el depositario tiene como ocupación profesional la prestación de servicios de custodia. V. Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1986, pg. 498; y LACRUZ, *Elementos de derecho civil*, cit., pg. 250.

o implícito de las partes, los contratos bilaterales imperfectos se convierten en perfectos, cuando resulta del convenio que cada una de las partes ha querido contraer una obligación principal y distinta. La situación de bilateralidad se origina cuando en el momento de formación del contrato las partes intercambian recíprocas promesas de realización de un encargo o de custodia de unos bienes a cambio de un precio, de tal modo que sin la contrapartida del precio no se hubiera asumido la ejecución del mandato o la obligación de guardar la cosa. Otra cuestión es que la retribución solo sea exigible una vez ejecutado el encargo o realizada la custodia, de modo que el negocio constitutivo de la obligación impone una separación entre las prestaciones que impide la regla de la ejecución simultánea. Sin embargo, la compraventa con precio aplazado no deja de ser un contrato con obligaciones recíprocas por el hecho de que no concurra un cumplimiento simultáneo de las prestaciones. La reciprocidad entre las prestaciones continúa existiendo. Es más, en tales supuestos el vendedor no estaría obligado a entregar si después de la venta descubre que el comprador es insolvente (art. 1467 CC). De forma semejante, el mandatario o el depositario si descubren que existe el riesgo de perder la retribución pueden suspender el cumplimiento del contrato y el mandante o el depositante no vendrán obligados a pagar la retribución si el mandatario o el depositario no cumplen con el encargo conforme a lo pactado. Al mismo tiempo, en caso de incumplimiento de cualquiera de las partes, la contraparte que ha cumplido o está dispuesta a cumplir podrá exigir el cumplimiento o la resolución con el resarcimiento de los daños y abono de intereses en ambos casos (art. 1124 CC). No obstante, la resolución del contrato exigirá aplicar las normas previstas en el negocio para su liquidación y extinción, lo que conlleva la restitución de las cosas depositadas, y el abono de los gastos y desembolsos debidos por razón del mandato o del depósito. Esta obligación de restitución no puede formar parte del sinalagma, ni sirve para determinar la onerosidad del contrato. En el primer supuesto, porque la restitución no entra dentro de la funcionalidad a que viene ordenada la relación, sino que es consecuencia de su liquidación y extinción⁴⁹². En el segundo caso, porque si bien la atribución patrimonial

En este sentido, la comisión o la agencia, formas típicas de colaboración mercantil y gestión de negocios entre empresarios, se configuran como contratos bilaterales. Si bien, en tanto que el agente se obliga siempre «a cambio de una remuneración [art. 1 LCA], el comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de la comisión, salvo pacto en contrario» (art. 277 CCom). V., respecto de la comisión, ANGULO RODRÍGUEZ, L., «El contrato de comisión», en Jiménez Sánchez (coord.): *Derecho mercantil*, vol. II, Barcelona, 1999; y en relación con el carácter sinalagmático de la agencia, LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Madrid, 1998, pgs. 240 y ss.

⁴⁹² V. DALMARTELLO, A., «Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutorii e contratti sinalagmatici», *Riv. Dir. Civ.*, 1955, pgs. 871 y ss. A juicio de este autor, la configuración causal de los contratos restitutorios no coincide con la visión tradicional causalista de los contratos bilaterales. Aunque en principio puede parecer que entre el contrato restitutorio y el sinalagma no existe una incompatibilidad absoluta, ya que de hecho hay contratos restitutorios con claro carácter bilateral, como el arrendamiento o el transporte, lo cierto es que la obligación de restitución no puede tener una justificación sinalagmática. En el arrendamiento, el sinalagma se establece entre la obligación del arrendador de proporcionar al arrendatario el goce o uso de una cosa, o bien de ejecutar una obra o prestar un servicio a su favor, y la obligación del arrendatario de pagar un precio cierto (arts. 1543 y 1544 CC). En el transporte, «el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato» (art. 2.1 Ley de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías).

que entraña la obligación de devolver la cosa es un equivalente de lo que se entregó primero, no compensa el beneficio que obtuvo el depositario o el comodatario por su uso. No constituye una contraprestación del beneficiario por la atribución a su favor⁴⁹³. Además, si la restitución presupone la extinción del contrato, el incumplimiento de la obligación de restituir no puede tener como consecuencia su extinción. De ahí que no proceda pedir la resolución por falta de cumplimiento de la obligación de restitución. A mayor abundamiento, si solo puede restituirse lo que previamente se dio, nos encontramos ante una identidad entre las prestaciones de entrega y de restitución que distorsiona el intercambio bilateral típico.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en estos contratos bilaterales imperfectos, los derechos de crédito que se originan en el cumplimiento de las obligaciones propias de la liquidación y extinción del contrato reciben la tutela excepcional del derecho de retención⁴⁹⁴. Junto a ello, existen específicas acciones de extinción de la relación obligatoria en estrecho parentesco con la resolución, pero que no se fundan en la dinámica contractual sino en un elemento personal característico de la contratación que condiciona el cumplimiento de las obligaciones. En muchos casos ese elemento personal constituye un verdadero *intuitus —personae o pecuniae—* que atribuye a los contratantes una específica disponibilidad sobre el negocio⁴⁹⁵. Los especiales mecanismos de protección que proporcionan tanto el derecho de retención, como esas formas específicas de extinción, atribuyen una tutela semejante a la que se obtiene de la excepción de incumplimiento o de la facultad de resolución⁴⁹⁶, de modo que, frente al concurso, se origina el problema de su eficacia dentro del procedimiento.

⁴⁹³ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1988, pgs. 99 y 100.

⁴⁹⁴ El mandatario o el depositario podrán retener las cosas objeto del mandato hasta el cobro efectivo de lo que se les deba por razón del contrato (arts. 1730 y 1780 CC). No así el comodatario, que «no puede retener la cosa prestada a pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas» (art. 1747 CC).

⁴⁹⁵ La denuncia unilateral del depositario (art. 1776 CC), la posibilidad de revocación a favor del mandante (arts. 1732 y 1733 CC), la renuncia del mandatario (art. 1732 y 1733 CC) o su incapacitación, y la muerte, declaración de prodigalidad, concurso o insolvencia del mandante y del mandatario (art. 1732 CC).

Esa peculiar consideración personal de alguno de los contratantes puede aparecer también en obligaciones plurilaterales o en obligaciones bilaterales. Así, es posible la extinción de la relación obligatoria por voluntad de una parte con independencia de causa justificativa en contratos bilaterales como el arrendamiento de obra —art. 1594 CC— o la comisión —art. 278 CCom—, o en contratos plurilaterales como la sociedad —art. 1700-4.º CC—.

⁴⁹⁶ Se trata de acciones específicas, que guardan un estrecho parentesco con la resolución y que inciden sobre relaciones que no son en puridad sinalagmáticas. Tal es también el caso de la revocación de la donación por incumplimiento de cargas (art. 647 CC) o por falta de observancia del deber de gratitud (art. 648 CC). Por ello, parece posible admitir, con fundamento en determinadas normas especiales, una acción resolutoria fundada en el incumplimiento de obligaciones que no se encuentren estrictamente caracterizadas por la interdependencia. Como ocurre, en la resolución del contrato de arrendamiento, donde el elenco de causas resolutorias es muy amplio y se refiere a deberes del arrendatario de muy diferente índole (entre otros, art. 1569 CC). Por otra parte, la resolución sería igualmente posible en todos los contratos a través de una cláusula de resolución expresa incluida por las partes —*pacto commisorio*—,

En cuanto al derecho de retención, si tenemos en cuenta que conforme a la normativa, solo serán privilegios concursales los reconocidos como tales por la propia Ley Concursal (art. 89.2, *in fine*), aunque los derechos de retención a favor del mandatario o del depositario no constituyen privilegios en sentido estricto, sí que proporcionan una forma específica de tutela del crédito que carece de reconocimiento en la Ley Concursal. Por tanto, no parece que esos derechos de retención puedan hacerse valer frente al concurso. En este sentido, la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal ha previsto expresamente la suspensión del derecho de retención sobre los bienes y derechos integrados en la masa activa una vez declarado el concurso (art. 59 bis)⁴⁹⁷.

v. BORRICAND, J., «La clause résolutoire expresse dans les contrats», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1957, pgs. 433 y ss.; también, TRAVIESAS, «Obligaciones recíprocas», cit., pgs. 327 a 329.

En consecuencia, parece que la facultad de resolución del contrato concebida como un medio de defensa que se concede al titular de un derecho frente al incumplimiento de la otra parte, puede trascender por voluntad de la Ley o por acuerdo de las partes, el campo estricto de los contratos bilaterales. Así, hay también extinción de la relación obligatoria por incumplimiento en el art. 1707 CC, donde se contempla como justo motivo para que el socio reclame la disolución de la sociedad la falta de uno de los compañeros a sus obligaciones. No obstante, en ausencia de una disposición legal expresa o de la previsión de los contratantes, parece que la resolución solo debe sobreentenderse en los contratos bilaterales. En este sentido, la doctrina tradicional ha puesto de manifiesto que la distinción entre contratos bilaterales —perfectos o imperfectos— y unilaterales suele ser el punto de partida para determinar el ámbito de aplicación de la resolución —v. TRAVIESAS, *ibidem*, pgs. 280 y ss—, y considera de forma mayoritaria que de la literalidad del art. 1124 CC se deduce que la resolución es una prerrogativa de las relaciones obligatorias sinalagmáticas, v. TRAVIESAS, *ibidem*, pg. 287; y DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 818.

⁴⁹⁷ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1123.

En relación con la calificación del crédito en la que se funda el derecho de retención, el legislador no le reconoce privilegio, y tampoco parece asimilable a los supuestos de créditos garantizados con anticresis, créditos refaccionarios y créditos garantizados con prenda constituida en documento público (art. 90.1-2.º, 3.º y 6.º). Al mismo tiempo, si el derecho de retención no atribuye privilegio alguno en una situación concursal, tampoco tiene sentido admitir la posibilidad de una ejecución separada, que no es contemplada por la normativa. Ante ello, la mayoría de la doctrina consideraba, ya con anterioridad a la reforma, que no es oponible al concurso. No obstante, se apuntaba la posibilidad de entender que la eficacia del derecho de retención frente al concurso dependía de cuál fuera el escenario concursal concreto que se desarrolle. Frente a un escenario de liquidación, el derecho de retención debe ceder, ya que no es susceptible de ejecución separada y el bien tampoco puede permanecer fuera de la masa activa sujeta al concurso. En cambio, frente al escenario del convenio, «no existe contradicción alguna entre el derecho de retención del acreedor y el objeto del proceso concursal». El favorecido por el derecho de retención no podrá ejecutar el bien, «pero tiene derecho a conservar el bien en garantía de su crédito para el caso de que el mismo no le sea abonado en los términos que resulten del convenio que se apruebe», v. GARNICA MARTÍN, J. F., «El derecho de retención en el concurso», *ADCo*, 5, pgs. 255 y ss, en especial, pgs. 265 y 266. En todo caso, si se pretende forzar al retentor a la entrega del bien, parece que la administración concursal debe acudir al ejercicio de la acción correspondiente ante el juzgado competente, ya que el juez del concurso no tiene atribuida competencia para forzar la entrega.

Cuestión aparte es que el derecho de retención derive del incumplimiento de un contrato con obligaciones recíprocas pendiente de cumplimiento por ambas partes, ya que en tal supuesto la competencia para conocer de la acción de resolución se atribuye al juez del concurso (art. 62 LC), y parece razonable entender que esta competencia abarcaría la recuperación de la posesión de los bienes en poder del contratante *in bonis* como consecuencia del contrato objeto de resolución. De manera que, cuando la recuperación de la posesión sea consecuencia de la resolución contractual, el juez del concurso debería conocer de las cuestiones que se susciten en la ejecución de su propia resolución, v. GARNICA MARTÍN, J. F., *ibidem*, pgs. 266 y 267.

Frente a estas consideraciones, la Ley Concursal parece decidida a someter el derecho de retención al concurso y supedita los intereses del retentor a los intereses del procedimiento (salvo, obviamente, que los bienes y derechos objeto de retención no forme parte de la masa activa, en cuyo caso el derecho de

Con respecto a los supuestos especiales de extinción contractual, ya hemos visto que la normativa concursal deja a salvo el ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda conforme a la ley, así como las normas que dispongan la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes, o bien permitan pactar la extinción del contrato en tales supuestos (art. 63 LC)⁴⁹⁸.

2. La situación de concursalidad: la afectación del contrato al concurso

Desde la perspectiva del concurso, para que se suscite el conflicto de intereses entre el contratante *in bonis* y el concursado es preciso que la relación jurídica obligatoria afecte a bienes o derechos que formen parte del patrimonio concursal del deudor o que el contrato imponga obligaciones que deben satisfacerse dentro del procedimiento.

2.1. La afectación de los bienes objeto del contrato: delimitación del patrimonio personal y del patrimonio concursal del deudor.- Los contratos sobre elementos del patrimonio personal del concursado

El concurso está funcionalmente dirigido a procurar la satisfacción de los acreedores del deudor común. Con esta finalidad se prevén una serie de efectos patrimoniales sobre el concursado (arts. 21.1-2.º y 40.1 y 2 LC) encaminados a evitar que agrave aún más su situación, y a procurar que sus bienes y derechos se destinen a la satisfacción de los acreedores, ya sea mediante la solución convenida o a través de la liquidación. Sin embargo, no todos los bienes y derechos en poder del deudor constituyen el patrimonio sujeto a responsabilidad concursal. El concursado tendrá en su poder bienes y derechos que no sean aptos para esa finalidad, ya sea porque no resulten susceptibles de ejecución, carezcan de naturaleza patrimonial, sean inalienables o personalísimos, ya porque no puedan ser embargados. La doctrina distingue entre un *patrimonio personal*, del que sigue disponiendo libremente el deudor y que no queda afecto al concurso, y un *patrimonio concursal*, que constituye la masa activa del

retención podrá ejercerse sin limitación alguna). El derecho de retención queda en suspenso desde la declaración de concurso hasta el momento de la conclusión. La suspensión se traducirá en la pérdida definitiva del derecho de retención si el bien o derecho correspondiente fuera enajenado dentro del procedimiento concursal o si el retentor hubiera sido íntegramente satisfecho dentro del concurso. Sin embargo, cuando en el momento de la conclusión del concurso, los bienes o derechos objeto de retención no se hubieran enajenado y permanecieran en poder del deudor, deberán ser restituidos de inmediato al titular del derecho de retención cuyo crédito no haya sido íntegramente satisfecho. No obstante, la suspensión no afectará a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social.

⁴⁹⁸ V., *supra*, pgs. 21 y ss, y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1175 y ss.

procedimiento y se destina a la satisfacción de los acreedores⁴⁹⁹. Cuando los bienes objeto de la contratación forman parte del patrimonio personal del deudor o las obligaciones del concursado deben satisfacerse a cargo de bienes o derechos de los que este puede disponer libremente, porque no se ven sujetos a los fines del procedimiento, no se origina conflicto alguno frente al concurso, y el contrato seguirá su curso de ejecución al margen del procedimiento concursal. En cambio, si se trata de una obligación que debe cumplirse con cargo al patrimonio concursal, el deudor no podrá actuar libremente sobre esos bienes y, o bien se verá sujeto a la intervención de los administradores concursales, «mediante su autorización o conformidad», o bien verá suspendidas sus facultades patrimoniales de disposición y administración, «siendo sustituido por los administradores concursales». El problema surge a la hora de determinar qué bienes constituyen el patrimonio concursal del deudor afecto a la satisfacción de sus acreedores.

La Ley Concursal delimita el contenido de la masa activa en base al *principio de universalidad* (art. 76), que en el ámbito del Derecho patrimonial exige que el deudor responda con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC). Desde un punto de vista positivo constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos que a la fecha de la declaración de concurso estén *integrados* en el patrimonio del deudor, los que a lo largo del procedimiento se *reintegren* al mismo y los que el concursado *adquiera* hasta la conclusión del procedimiento. Desde un punto de vista negativo, no podrán incluirse en la masa activa, los bienes y derechos que a pesar de tener carácter patrimonial, sean legalmente inembargables. Por tanto, parece que la correcta delimitación de la masa activa exige determinar qué bienes están integrados en el patrimonio del deudor y qué bienes deben reintegrarse a él. Así, de los bienes en poder del deudor a la fecha de la declaración de concurso será preciso excluir aquellos que no sean de su propiedad, para los que la normativa establece la posibilidad de *separación* (art. 80 LC); mientras que habrán de reintegrarse al concurso los bienes que procedan del ejercicio de las correspondientes acciones (arts. 71 a 73 LC), los que siendo propiedad del deudor no se encuentren en su poder —v. gr., los bienes objeto de depósito que podrán ser reclamados por la administración concursal, art. 1766 CC— y los que procedan de cualquier otra actuación que dentro del procedimiento contribuya a reconstituir la masa activa⁵⁰⁰. Además, formarán parte de la masa activa los resultados

⁴⁹⁹ V. DE MARTINI, A., *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuale*, Milán, 1956, pgs. 156 y ss. Con respecto al derecho español, TIRADO, I., «Art. 76. Principio de universalidad», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pgs. 1356 y ss.

⁵⁰⁰ El término *reintegración* en sentido amplio abarcaría no solo las *acciones de reintegración* previstas en la Ley, sino también el ejercicio de cualquier otra acción que suponga la restitución de un bien al deudor y contribuya a reconstruir la masa de bienes. En este sentido, la doctrina italiana habla de *acciones de recuperación*, para referirse a todas aquellas acciones previstas por el derecho común y por la *legge fallimentare* para reconstruir el patrimonio del empresario declarado en quiebra, v. TEDESCHI, G. U., *Manuale del nuovo Diritto fallimentare*, cit., pgs. 261 y 262.

La Ley Concursal regula distintas situaciones en las que ciertos bienes, aunque no sean titularidad del concursado, deben integrar la masa activa del concurso; así ocurre con los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto (art. 79 LC), o cuando tal resultado derive de la aplicación de la presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre cónyuges, con arreglo a lo

de la actividad profesional o empresarial del deudor que continuará durante el concurso (art. 44 LC) y los demás bienes y derechos que el concursado adquiriera a lo largo del procedimiento.

Quedarán fuera de la masa y, por tanto, el deudor podrá disponer libremente de ellos, los bienes que no resulten aptos para la ejecución, ya sea porque carezcan de patrimonialidad funcional para el concurso y estén conectados a la voluntad del deudor⁵⁰¹ o porque sean inalienables y tengan un carácter personalísimo⁵⁰², y los bienes que resulten inembargables —v. gr., arts. 605, 606 y 607 LEC—. Por otra parte, también sería posible que la administración concursal realizara actos de *desafectación* de la masa, dirigidos a «liberar» determinados bienes del concurso, incrementando el patrimonio personal del concursado.

Tratándose de un contrato cuyo objeto consiste en un bien inherente a la personalidad del concursado —v. gr., compraventa de una prótesis— o un derecho

previsto en el art. 78 de la LC, o de la extensión del concurso a los bienes comunes o gananciales cuando deban responder de las obligaciones del concursado (art. 77.2 LC).

Por otra parte, hay que señalar dos institutos concursales que conducen al mismo resultado que las operaciones de reintegración, es decir, producen un incremento de la masa activa del concurso. La institución de la *complicidad concursal* (art. 16 en relación con el 172.2-3.º de la LC) y la figura de las *personas afectadas por la calificación* (art. 164.1 en relación con el 172.2-1.º y 3.º de la LC) generan un aumento de la masa, tanto como consecuencia de la condena a la restitución como por la pérdida de cualquier derecho que pudiera asistir a esos sujetos frente a la masa y de acuerdo a lo establecido en la sentencia de calificación del concurso.

Un efecto similar se produce con la vinculación de otros patrimonios a la satisfacción de los créditos frente al deudor común como consecuencia de la «responsabilidad concursal» de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable (art. 172.3 LC).

No obstante esta comunidad de efectos, es preciso tener en cuenta que «el fundamento que legitima el desplazamiento patrimonial a favor de la masa activa es, en cada caso, muy diferente». Mientras que la justificación de estos institutos concursales se encuentra en el previo enjuiciamiento del proceder doloso o culpable de determinados sujetos que intervinieron en la generación o agravación del estado de insolvencia del deudor (164.1 LC), en las acciones de reintegración propiamente dichas (art. 71 LC) no se enjuician conductas, ya que la concurrencia del elemento intencional no tiene eficacia a la hora de configurar tales acciones, y su posible relevancia se limita a la calificación del crédito que resulte a favor del contratante del deudor como consecuencia de la rescisión del acto y consiguiente restitución de prestaciones (art. 73.3 LC). V. GARCÍA-CRUCES, J. A., «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal (I)», *AJA*, 590, 2003, pgs. 1-6, pg. 3.

⁵⁰¹ En este grupo se encuentran, por ejemplo, los bienes inherentes a la personalidad, que pertenecen a la esfera íntima del deudor, y cuya utilización por terceros podría violentar derechos fundamentales como el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. También los derechos de autor, en cuanto no puedan explotarse sin el consentimiento del concursado.

No obstante, los derechos de la personalidad pueden patrimonializarse, cuando la actuación dañosa de un tercero origine una obligación de indemnizar, e incluso pueden comercializarse por el propio titular, como ocurre con los derechos de autor. En el primer caso, la pretensión indemnizatoria corresponde, en principio, al deudor perjudicado, único legitimado para decidir sobre el ejercicio de la correspondiente acción. En los demás supuestos, los rendimientos económicos que se generen pasarían a formar parte de la masa activa. V. TIRADO, I., «Art. 76. Principio de universalidad», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 1387 a 1393.

⁵⁰² Entre estos podemos encontrar, por ejemplo, el derecho a alimentos correspondientes al concursado —arts. 47 LC y 151.1 CC— y un posible derecho de opción en el que resulte que la voluntad del concedente era contratar única y exclusivamente con el optante.

inalienable —v. gr., derecho de arrendamiento de vivienda para uso personal o familiar sujeto a la LAU de 1964 (art. 23)—, o en el que la obligación a cargo del concursado exige una actividad estrictamente personal —v. gr., arrendamiento de servicios profesionales del concursado—, o bien no se plantean problemas frente al concurso, o bien, a pesar de tratarse de un contrato con prestaciones recíprocas, se plantean problemas muy diferentes de los que se originan cuando los bienes están afectos al concurso o las obligaciones han de satisfacerse con cargo a la masa activa.

Por un lado, una vez declarado el concurso, tanto el cumplimiento de tales contratos como las acciones derivadas del incumplimiento habrán de dirigirse al concursado. El contratante podrá suspender la ejecución de su prestación hasta que el concursado no cumpla, y exigir del concursado tanto el cumplimiento, como la resolución del contrato y la correspondiente indemnización por daños. Las consecuencias derivadas del cumplimiento o incumplimiento de tales contratos serán a cargo del patrimonio personal del concursado, sobre el cual el deudor tiene plenas facultades de disposición y administración, ya que la limitación a las facultades patrimoniales del deudor que se produce con la declaración de concurso solo afecta al patrimonio concursal y no a su patrimonio personal. Ello no obsta para que el crédito derivado de estos contratos con anterioridad a la apertura del procedimiento entre a formar parte de la masa pasiva y se satisfaga con cargo al patrimonio concursal del deudor. Tengamos en cuenta que cuando se originaron tales créditos no existía un patrimonio personal y un patrimonio concursal, por lo que no era posible el cobro separado con cargo a una parte de los bienes⁵⁰³. Además el hecho de que la prestación

⁵⁰³ Se trataría de una consecuencia lógica de la separación patrimonial que se origina tras la declaración de concurso y del diferente trato que sufren los créditos anteriores y los créditos posteriores al momento de la declaración judicial. V. GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pg. 312, n. 26. También, por todos, DE MARTINI, A., *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuale*, cit., pg. 173.

Todas las obligaciones del deudor que tengan carácter patrimonial, aunque deriven de obligaciones de naturaleza personal formarán parte de la masa de acreedores cuando sean anteriores al procedimiento y solo aquellas obligaciones a las que no corresponda una responsabilidad patrimonial, por ser estrictamente personales, no entrarían en la masa pasiva del concurso. Ahora bien, aunque la integración en la masa pasiva se produce de derecho, sin necesidad de acto alguno, en relación con todos los acreedores del deudor existentes al momento de la declaración de concurso (art. 49 LC), los acreedores concursales que integran la masa pasiva solo se convertirán en acreedores *concurrentes* cuando vean reconocidos sus créditos (art. 86 LC) —v. BELTRÁN, E., «Art. 49. Integración de la masa pasiva», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 991—. Para que se produzca ese reconocimiento es preciso que el acreedor haya comunicado su crédito (art. 85 LC), o bien el crédito resulte de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón conste en el concurso (art. 86.1 LC). Si el crédito no es puesto de manifiesto en el procedimiento por el acreedor o no resulta reconocido, no participará en el concurso y no podrá satisfacerse dentro del mismo. El acreedor seguirá siendo acreedor del deudor —el crédito permanecerá en el patrimonio personal del deudor, v. DE MARTINI, A., *ibídem*, pgs. 174 y 175—, pero no será acreedor del concurso, y habrá de esperar al término del procedimiento para poder realizar su derecho sobre los bienes que queden en el patrimonio del deudor. Si bien cuando se apruebe un convenio, el acreedor sí quedará afectado por el mismo, ya que respecto del convenio, en cuanto negocio jurídico bilateral, la contraparte del deudor es la propia colectividad crediticia. A estos efectos DE MARTINI considera inútil y equívoca la distinción entre acreedores *concursoales* y acreedores *concurrentes*, ya que el adjetivo concursales ya es suficientemente indicativo de un efectivo concurso en la masa pasiva y la distinción solo tiene relevancia respecto del convenio, el cual

permanezca en el patrimonio personal del deudor y no entre a formar parte de la masa activa, no parece razón suficiente para que la contraprestación no pueda satisfacerse con cargo al patrimonio concursal⁵⁰⁴.

Por otro lado, aunque no exista un conflicto de intereses frente al concurso, no puede afirmarse que el concurso no tenga efecto alguno sobre estos contratos. Así, si el bien inherente a la persona del concursado tiene un valor exorbitante, la administración concursal podría exigir que se cambie por otro que, cumpliendo la misma finalidad, suponga un menor coste. Lo mismo podría ocurrir ante derechos inalienables, cuya finalidad viene establecida legalmente en atención a un fin social. Si de lo que se trata es de garantizar la vivienda del concursado, pero no que este viva necesariamente en una vivienda determinada, la administración concursal podrá sustituir la vivienda objeto de arrendamiento si los gastos que acarrea son excesivos en atención a las necesidades esenciales del concursado y su familia⁵⁰⁵. En el mismo sentido, si se trata de bienes inembargables como el mobiliario, menaje, ropas, alimentos, combustibles y demás bienes indispensables para el concursado y su familia, será el juez del concurso quien decida qué bienes de este tipo deben entrar en la masa activa y qué bienes corresponden al patrimonio personal del concursado, y la solución variará en cada caso. Igualmente, el juez podría suspender el ejercicio de la actividad profesional del concursado para evitar

afectará a todos los acreedores del concursado, hayan participado o no en el procedimiento —v., *ibídem*, pg. 182, n. 228—.

⁵⁰⁴ Así ocurre con un derecho personal del concursado como es la prestación de alimentos, donde la obligación de satisfacer los alimentos con cargo a la masa daría lugar a una situación de coincidencia en el mismo sujeto de las condiciones de acreedor y deudor si no fuera porque declarado el concurso, el derecho a alimentos formará parte del patrimonio personal del deudor, pero deberá satisfacerse con cargo a su patrimonio concursal, v. BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, cit., pg.171 y, del mismo autor, «Art. 84. Créditos concursales y créditos contra la masa», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, vol. I, cit., pgs. 1514 y 1515.

⁵⁰⁵ Con arreglo a la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, la subrogación de la administración concursal en el lugar del concursado-arrendatario y, por tanto, la inclusión de ese derecho en la masa, solo se reconoce previo consentimiento escrito del arrendador (art. 8).

Ahora bien, si se trata de un arrendamiento dirigido a satisfacer las necesidades de vivienda del concursado y su familia no se produce el conflicto de intereses propio de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de ejecución, aunque algún autor le haya dado ese tratamiento —v. FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 179 y ss— Como se ha puesto de manifiesto en el Derecho italiano, donde el tema fue tratado con amplitud, la normativa que en la *legge fallimentare* regula los efectos de la quiebra sobre las relaciones jurídicas preexistentes (art. 72 y ss) no sería aplicable al contrato de arrendamiento de vivienda del quebrado y su familia. En concreto, no podría aplicarse el artículo 80 previsto especialmente para el arrendamiento de inmuebles, ya que estamos ante un derecho de naturaleza personal que se sustrae a las facultades de administración de los síndicos (art. 31 *legge fallimentare*) y que no origina obligaciones a cargo de la masa. El contrato continúa con el quebrado, el cual deberá atender el pago de la renta con cargo a su patrimonio inembargable (arts. 46.1.º-2 y 2.º *legge fallimentare*). V. BONIFATTI, S., y CENSORI, P. F., *Manuale di Diritto fallimentare*, cit., pgs. 300 y 301.

un incremento de deudas de la masa (art. 84.2-5.º LC), lo cual influiría necesariamente en el contrato de arrendamiento de servicios profesionales del concursado⁵⁰⁶.

2.1.2. Los contratos sobre bienes afectos al concurso: los elementos activos y los elementos pasivos de la contratación.- Los créditos concursales y los créditos contra la masa

Cuando el contrato se integra en el patrimonio concursal, porque tiene por objeto un bien afecto o genera obligaciones que el concursado debe cumplir con cargo a la masa activa, el concurso produce un cambio importante en la esfera jurídica de uno de los contratantes. Tras la apertura del procedimiento, el concursado será sustituido o intervenido y los administradores concursales deberán decidir sobre todos los elementos que integran la masa. No obstante, parten de la misma posición que ocupaba el deudor antes de la sustitución o de la intervención, ya que la configuración jurídica de la relación obligatoria no cambia. La posición de los administradores concursales «está jurídicamente configurada por las características de la relación entre el concursado y el derecho antes del concurso»⁵⁰⁷. De modo que, si el deudor ya cumplió su obligación, podrán exigir la prestación a favor del concursado y, si no cumplió, deberán ejecutar la prestación a su cargo. No obstante, el cumplimiento que proporciona el concurso será en todo caso un cumplimiento con cargo al patrimonio concursal.

Desde un punto de vista activo, formarán parte del concurso, no solo la prestación cumplida por el contratante no concursado, sino también las expectativas de cumplimiento de la contraparte en el negocio jurídico, y, caso de producirse el incumplimiento, las facultades legalmente previstas para remediar esta situación. También se atribuirá al concurso cualquier otra facultad que derive de la posición jurídica del concursado en el contrato —v. gr., la de adquirir definitivamente el dominio una vez pagado el precio, en caso de concurso del comprador de un bien sometido a reserva de dominio—. La administración concursal podrá, siempre que el contrato se lo permita, ceder su posición acreedora conforme a las disposiciones legales (arts. 1526 y

⁵⁰⁶ V. TIRADO, I., «Art. 76. Principio de universalidad», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 1387, 1393 y 1395. También, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pgs. 1123 y 1124.

⁵⁰⁷ V. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, Pamplona, 2005, pg. 93. La administración concursal viene a ocupar la misma posición del deudor en aquellas relaciones. Si bien no puede decirse que exista una sustitución perfecta, ya que las funciones del órgano concursal derivan directamente de la Ley, y en algunas ocasiones sus poderes serán mayores de los que tenía el deudor, como en los casos de rehabilitación de créditos o de acciones rescisorias, mientras que en otros serán menores, ya que no disponen de total libertad a la hora de actuar, sus actuaciones deben sujetarse a los parámetros legales de diligencia (art. 35 LC). En el mismo sentido, y desde un punto de vista pasivo, la legitimación pasiva del órgano concursal y, por tanto, su responsabilidad patrimonial frente a los acreedores del deudor concursado está limitada al patrimonio concursal y a las exigencias del procedimiento. El órgano cumple las obligaciones de aquel dentro de los límites del activo concursal y en las condiciones previstas por el convenio o la liquidación. El cumplimiento del órgano en el lugar del deudor tiene una eficacia liberatoria en los límites en que ese crédito es satisfecho. V. DE MARTINI, A., *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuale*, cit., pgs. 198 y 199.

ss CC y 347 y 348 CCom), o exigir el cumplimiento o solicitar la resolución y pedir la indemnización correspondiente.

Desde un punto de vista pasivo, el crédito por la contraprestación será satisfecho con cargo al patrimonio concursal, bien como crédito concursal o bien como crédito contra la masa, dependiendo de la situación en que se encuentre el contrato una vez declarado el concurso. Hay que tener en cuenta que en la Ley Concursal no reciben el mismo tratamiento los créditos anteriores que los créditos posteriores al momento de la declaración de concurso. Unos son créditos concursales, los otros son créditos contra la masa (art. 84 LC).

Como en el supuesto de la masa activa, la Ley establece también una regla de universalidad para referirse a los créditos que integran la masa pasiva. Declarado el concurso, *todos los acreedores del deudor* quedarán de derecho integrados en la masa pasiva, cualquiera que sea su clase, nacionalidad o domicilio (art. 49 LC). De este modo, los créditos concursales que conforman la masa pasiva serán los existentes al momento de la declaración de concurso. Estos créditos habrán de ser comunicados, reconocidos y clasificados dentro del concurso, para verse satisfechos de acuerdo a lo establecido en el convenio o por el orden previsto legalmente para su pago en caso de liquidación⁵⁰⁸. Ahora bien, al mismo tiempo, el legislador tiene especial interés en contraponer estos créditos a los créditos contra la masa, ya que dispone que «constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta ley no tengan la consideración de créditos contra la masa» (art. 84.1).

Los créditos contra la masa no forman parte de la masa pasiva⁵⁰⁹ y se contraponen a los créditos concursales. No son objeto de comunicación, reconocimiento, y clasificación, ya que por su propia naturaleza y finalidad son créditos extraconcursales, que se satisfacen con preferencia y al margen del procedimiento concursal, antes del reparto propiamente dicho (art. 154.1 LC). Salvo determinados créditos salariales anteriores a la apertura del concurso (art. 84.2-1.º), son créditos que genera el propio procedimiento, y que derivan de costas y gastos judiciales o se refieren a obligaciones nacidas durante el concurso o mantenidas tras la declaración de concurso. La distinción legal permite diferenciar a los titulares de créditos nacidos durante el procedimiento concursal de aquellos otros nacidos con anterioridad que

⁵⁰⁸ V. BELTRÁN, E., «Art. 49. Integración de la masa pasiva», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 989 y ss.

⁵⁰⁹ Tampoco pueden considerarse acreedores concursales los acreedores de bienes en poder del quebrado que gozan de un derecho de separación (art. 80 LC), a no ser que los bienes hubieran sido enajenados por el deudor antes de la declaración de concurso a tercero de quien no puedan reivindicarse y que ya hubiera realizado su prestación (art. 81 LC), los titulares de un derecho de restitución derivado del ejercicio de las correspondientes acciones de reintegración, a menos que hubieran actuado de mala fe, en cuyo caso sus créditos serán subordinados (art. 73.3 LC), ni los titulares de pretensiones de carácter estrictamente personal, ya que para integrar el concurso, las pretensiones de los acreedores han de tener carácter patrimonial (art. 88 LC).

ocasionan la declaración de concurso⁵¹⁰. Los primeros son acreedores de la masa, los segundos acreedores del deudor.

Según la doctrina tradicional⁵¹¹, una característica propia de los procedimientos concursales es la constitución de dos masas: una masa activa o de bienes y derechos del deudor, y una masa pasiva o de créditos. La formación de las masas deudora y acreedora se dirige a llevar a cabo el principio de responsabilidad patrimonial del deudor, de modo que, tras la apertura del procedimiento, los créditos que surjan no pueden entrar en la masa pasiva, cuya composición debe cristalizar en la situación existente al momento en el que se produce la declaración de concurso. Así, con el fin de inmovilizar el pasivo del concursado para poder determinarlo con certidumbre, la Ley Concursal suspende el devengo de intereses respecto de los créditos concursales (art. 59). Solo serían créditos concursales los anteriores a la apertura del procedimiento, ya que los que se originen con posterioridad o bien son créditos contra la masa, o bien forman parte del patrimonio personal del deudor. Sin embargo, esta regla general no es absoluta, y el legislador reconoce excepciones que permitirían incrementar la masa pasiva tras la declaración de concurso o incluir entre los créditos contra la masa algunos nacidos con anterioridad a ese momento. Por un lado se encuentran las propias excepciones legales a la regla que prevé la suspensión del devengo de intereses, relativas a los créditos con garantía real o a los créditos salariales que resulten reconocidos, los cuales podrán seguir devengando intereses que incrementarán la pasividad del concurso. Por otro, hallamos créditos anteriores al procedimiento que, en determinadas circunstancias, serán reconocidos como créditos contra la masa. Tal es el caso de los créditos derivados del rescate de bienes afectos a privilegio especial (art. 155 LC) y de los créditos derivados de los supuestos de rehabilitación de contratos y de enervación de desahucio (arts. 68 a 70), en los que la Ley considera créditos contra la masa tanto los correspondientes a las *cantidades debidas*, como a las de vencimiento futuro a cargo del concursado (art. 84.2-7.º). La cuestión es que, junto a estos, el legislador parece considerar que existen otros casos similares de créditos contra la masa originados antes de la declaración de concurso al referirse a «los demás previstos en esta ley». Pero en la doctrina concurren opiniones contradictorias. Según una autorizada opinión⁵¹² «es obvio que los dos referidos son los únicos casos expresamente previstos de imputación a la masa de cantidades debidas y de vencimiento futuro a cargo del concursado». Según otra no menos destacada⁵¹³, con la expresión «y en los demás previstos en esta ley», el legislador está haciendo referencia al supuesto de un contrato

⁵¹⁰ V., por todos, BELTRÁN, E., «Art. 84. Créditos concursales y créditos contra la masa», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 1493 y ss, en especial, pg.1499.

⁵¹¹ V. DE MARTINI, A., *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuale*, cit., pgs. 182 y ss.

⁵¹² V. BELTRÁN, E., «Art. 84. Créditos concursales y créditos contra la masa», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 1521.

⁵¹³ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», *ADCo*, 13, 2008-1, pgs. 57 y ss, en especial, pgs. 98 y 99.

con prestaciones recíprocas pendiente de cumplimiento que continúa tras la declaración de concurso por disposición legal no obstante la concurrencia de una causa de resolución (art. 62.3). En este supuesto, cuando existan prestaciones pendientes anteriores y posteriores a la declaración de concurso, habría que considerar a cargo de la masa todas «las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado», es decir, tanto las anteriores como las posteriores a la declaración de concurso.

Ahora bien, aunque esta última opinión se origina en la ausencia de una clara precisión legislativa en torno a la naturaleza de los créditos derivados de contratos con prestaciones recíprocas, no cabe duda de la trascendencia que las soluciones previstas para los contratos pendientes tienen a la hora de cuantificar los créditos contra la masa, que habrán de satisfacerse «antes de proceder al pago de los créditos concursales». Un patrimonio concursal escaso con una larga lista de créditos contra la masa no alcanzaría para atender el pago de los créditos concursales, a cuya satisfacción debe dirigirse el procedimiento concursal.

2.2. Preexistencia y pendencia del contrato al momento de la declaración de concurso

Para que se suscite el conflicto de intereses es preciso además que la relación jurídica obligatoria se haya concluido válidamente con anterioridad a la declaración de concurso, de modo que esté pendiente o en curso de ejecución al momento de apertura del procedimiento⁵¹⁴.

Tengamos en cuenta que cuando la relación se concluye con posterioridad a la apertura del procedimiento y, por tanto, una vez que se han producido los efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor, las limitaciones al ejercicio de las facultades de administrar y disponer de los bienes destinados a la satisfacción de los acreedores despliegan toda su eficacia tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal. En unos casos el deudor deberá someter sus actos de disposición y administración a la autorización y conformidad de los administradores concursales —intervención— (art. 40.1 LC), en otros «se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales» (art. 40.2 LC). Ahora bien, como el ámbito de la limitación comprende los actos de disposición y administración, por regla general, el concursado podrá asumir obligaciones, pero las obligaciones que asuma válidamente tras la declaración de concurso deberán satisfacerse como deudas de la masa o no podrán cumplirse con los bienes integrantes de la masa activa y serán a cargo del

⁵¹⁴ Si el contrato ha sido cumplido totalmente por ambas partes, no tendremos contratante *in bonis* frente al concurso, ya que el contratante *in bonis* no se identifica con un contratante cumplidor sino con la contraparte no concursada en el contrato con obligaciones recíprocas. V., en contra, el AJM 1 Bilbao, de 1.9.2005, en *Legislación y jurisprudencia concursales*, cit., pg. 121.

patrimonio personal⁵¹⁵. Sin embargo, cuando se trata de una relación obligatoria anterior a la declaración de concurso, será eficaz frente al procedimiento si no se ve afectada por las acciones de reintegración, tanto la rescisoria concursal como otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho.

La acción rescisoria concursal conlleva la ineficacia de los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración de concurso cuando supongan un perjuicio para la masa activa (art. 71.1 LC). El perjuicio se presume en todo caso para los actos a título gratuito —salvo las liberalidades de uso—, dado que carecen de contrapartida o contraprestación. También existe una presunción absoluta del perjuicio respecto de los pagos o cualquier otro medio de extinción de obligaciones cuyo vencimiento sea posterior a la declaración de concurso, excepto que contasen con garantía real, en cuyo caso el perjuicio se presume salvo prueba en contrario (art. 71.2 en relación con el art. 71.3-3.º LC). De modo que, con independencia de que el pago sea total o parcial, si la obligación vence con posterioridad a la solicitud de declaración de concurso en el caso del concurso voluntario (art. 14 LC) o incluso con posterioridad a la admisión a trámite de dicha solicitud en el caso del concurso necesario (art. 15 LC), pero antes de que el juez dicte auto de declaración del concurso, la presunción no se aplicará y será preciso probar el perjuicio (art. 71.4 LC).

La Ley establece igualmente presunciones relativas de perjuicio, que admiten prueba en contrario, respecto de actos que conllevan un trato de favor por parte del deudor a determinados acreedores, como son los actos a título oneroso realizados a favor de persona especialmente relacionada con el deudor concursado (art. 93), los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso (art. 71.3). Por tanto, aunque, en principio, serían actos válidos y eficaces el pago de deudas o el cumplimiento de obligaciones contraídas conforme a lo convenido o la celebración de contratos en los que medie equilibrio entre las prestaciones, como la compraventa, tales actos podrán ser impugnados mediante las acciones rescisorias cuando impliquen un trato de favor para determinados acreedores y beneficien a la contraparte con perjuicio para los acreedores concursales, siempre que se den los demás requisitos establecidos en la normativa.

⁵¹⁵ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 40. Facultades patrimoniales del deudor», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 805. Como señala esta autora, «cuestión distinta es que el deudor no pueda, por ejemplo, cumplir o extinguir dichas obligaciones, en la medida en que ello exija realizar un acto de disposición o de administración sobre un bien o derecho integrantes de la masa; o incluso en determinados supuestos que no pueda asumirlas cuando dicha asunción suponga la realización de un acto de administración o de disposición. Por lo tanto, la norma debe entenderse en el sentido de que el concursado no puede realizar por sí solo actos de administración o de disposición de bienes y derechos de la masa activa, sea con el fin de cumplir obligaciones pendientes del concursado o sea con cualquier otro fin».

No obstante, la Ley excluye de la acción rescisoria concursal un amplio conjunto de actos. De hecho, la reforma global de la Ley Concursal por la Ley 38/2011 trajo consigo una notable ampliación de los actos exentos. Por un lado, los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, por otro, los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados, y las garantías constituidas a favor de créditos de Derecho público y a favor del FOGASA (art. 71.5). En el primer caso, hemos de tener en cuenta que la determinación de las *condiciones normales* del acto no debe hacerse desde una perspectiva jurídico negocial, es decir, no se trata de determinar si en el acto existe o no un equilibrio entre las prestaciones de las partes, sino que debe analizarse si, desde una perspectiva económica, el acto se realiza o no conforme a las condiciones en las que habitualmente se llevan a cabo los actos del mismo tipo⁵¹⁶. En el segundo caso, la excepción atiende a las características objetivas que presentan ese tipo de operaciones o a razones de interés social y público. Por último, tampoco podrán ser objeto de rescisión «los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor y los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, así como las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos» cuando revistan determinadas condiciones previstas en la norma (art. 71.6 LC).

Ahora bien, estas excepciones no impedirán el ejercicio de «otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho» (art. 71.7 LC)⁵¹⁷. De modo que, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, podrán ejercerse, conforme a sus propias normas, otras acciones de nulidad, anulabilidad o rescisión contempladas por el ordenamiento jurídico, que tendrán los efectos previstos en su regulación respectiva, aunque deberán acomodarse a las normas sobre legitimación y procedimiento establecidas en la Ley Concursal (art. 72).

Con todo, desde el punto de vista de los contratos pendientes frente al concurso, es probable que el peligro que pueden suponer las acciones de reintegración para estos contratos no tenga en la práctica mucha trascendencia. Por un lado, una gran parte de las relaciones pendientes entrará en el ámbito de las excepciones a la rescisión y, por otro, el ejercicio de estas acciones deberá ser promovido por la administración concursal⁵¹⁸,

⁵¹⁶ V. LEÓN, F., «Art. 71. Acciones de reintegración», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 1313 y 1314.

⁵¹⁷ V. MARTÍN REYES, M. A., «La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada», cit., pg. 922.

⁵¹⁸ Aunque la Ley también contempla una legitimación activa subsidiaria de los acreedores «que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello» (art. 72.1). No parece fácil que se dé este supuesto si se tienen en cuenta los requisitos que deben concurrir para ello: que los acreedores hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, que hayan señalado el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar, que se fundamente la petición de rescisión o de impugnación respecto de ese acto concreto y que la administración concursal no ejerza la acción en el plazo de dos meses siguientes al requerimiento. A lo que se añade la circunstancia de que el litigio será a

la cual podrá, con arreglo a la normativa sobre contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado, como de la otra parte, o cumplir el contrato o resolverlo en interés del concurso o negarse a cumplirlo y dar lugar a que el acreedor del concursado ejerza la resolución por incumplimiento. Al mismo tiempo, es posible que, conforme a la Ley, se pueda ejercer la facultad de denuncia del contrato o se establezca expresamente la posibilidad de pactar su extinción en las situaciones concursales, soluciones que también podrán activarse válidamente frente al concurso⁵¹⁹.

Mayores problemas plantea la situación en la que el contrato aún no ha sido válidamente concluido sino que se encuentra en proceso de formación cuando sobreviene el concurso de cualquiera de las partes.

2.2.1. Los contratos en formación.- Los tratos preliminares y la formación del consentimiento contractual.- Concurso del oferente y concurso del aceptante.- El requisito de la forma para la perfección del contrato

En el proceso de formación de un contrato se llevan a cabo una serie de actos necesarios para que este se perfeccione y pueda desplegar su eficacia. La manifestación del consentimiento mediante el concurso de la oferta y la aceptación sobre el objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca (arts. 1261 y 1262 CC) puede o no ir precedida de unos tratos preliminares de diverso contenido⁵²⁰. Esos tratos preliminares se dirigen a la preparación del acuerdo y no generan una obligación jurídica entre las partes, que gozan de total libertad para celebrar o no el contrato, si bien habrán de actuar de buena fe. La buena fe en los tratos y negociaciones que se dirigen a la formación del contrato obliga a los sujetos a adoptar un comportamiento serio y leal.

costa de los legitimados subsidiarios hasta que la sentencia sea firme y, caso de que la demanda fuese desestimada, los acreedores que han ejercido esa acción subsidiaria no podrán reembolsarse con cargo a la masa activa los gastos y costas en que hubieran incurrido (art. 54.4 LC).

⁵¹⁹ V., aunque en relación con la quiebra, GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pgs. 311 y 312.

Además, como se ha puesto de manifiesto, «es probable que se empleen las acciones de reintegración para deshacer malos negocios (lo sean por su relativa desproporción, o por sus condiciones más o menos gravosas), sean contratos de tracto único o sucesivo pendientes de cumplimiento, aunque el mismo propósito persigue la resolución voluntaria del artículo 61.2 de la Ley Concursal. Pero el requisito del “perjuicio” no puede sustanciarse exclusivamente en que se trata de un mal negocio», v. GARCÍA VICENTE, J. R., «Promesa bilateral de compraventa pendiente de ejecución y concurso de promitente comprador», *ADCo*, 6, 2005, pgs. 523 y ss, en especial, pg. 527.

⁵²⁰ Muchas operaciones del tráfico generalizadas y sin gran trascendencia económica se producen de forma instantánea o en un solo acto y carecen de negociación previa, v. gr., la compraventa de bienes en establecimientos abiertos al público o los contratos de transporte de servicios públicos.

Sin embargo, aunque los sujetos deban actuar de buena fe, no puede afirmarse que estén obligados a concluir el contrato definitivo. Por tanto, la ruptura de la negociación no puede generar responsabilidad alguna⁵²¹. No obstante, existen supuestos en los que el comportamiento adoptado por las partes durante la fase de preparación del contrato o el avanzado estado de las negociaciones pueden dar lugar a responsabilidad. Así, cuando alguno de los sujetos hubiera observado una conducta deshonesta y desleal. La violación del deber de actuar de buena fe originaría una obligación legal de resarcimiento de daños, fundada en la regla general del artículo 1902 del Código Civil. Del mismo modo, si en las negociaciones se han logrado acuerdos importantes susceptibles de generar una confianza cierta en que la contratación habría de producirse, la ruptura de los tratos acarrearía la obligación de resarcimiento de los daños que pudieran haberse originado sobre la base de aquella confianza, salvo que concurra una justa causa para el desistimiento.

La situación de insolvencia de cualquiera de las partes podría constituir un justo motivo para la ruptura de los tratos, sin que esos acuerdos preliminares fueran oponibles al concurso, de modo que la administración concursal podría desconocerlos. Si bien, cuando hubiera existido mala fe en la negociación o el estado de los acuerdos fuera lo suficientemente avanzado como para que la ruptura genere daños de importancia, existiría la posibilidad de una responsabilidad precontractual de alcance indemnizatorio. Así, cuando uno de los sujetos no puso de manifiesto en un determinado momento que carecía de capacidad económica para afrontar la nueva situación e hizo creer a la otra parte que el contrato se concluiría y rompió posteriormente las negociaciones. En tal caso, la parte que padece la ruptura y sus consecuencias dañosas podría disponer de un crédito al resarcimiento que entraría a formar parte de la masa pasiva del procedimiento y gozaría de privilegio general (art. 91.5.º LC)⁵²².

⁵²¹ En toda negociación se produce una situación de confianza y unas expectativas que con la ruptura de los tratos se ven defraudadas. Incluso pueden generarse gastos dirigidos a la consecución del contrato. Sin embargo, el establecimiento de un régimen general de responsabilidad que obligue en todo caso a aquel que rompe las negociaciones a indemnizar a la otra parte, conllevaría la necesidad de atender tales cautelas y seguridades que se acabaría obstaculizando el tráfico y encareciendo notablemente la contratación. V. DIEZ-PICAZO L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1987, pg. 106.

⁵²² La introducción de un privilegio a favor de los créditos por responsabilidad civil extracontractual ha constituido una de las grandes novedades de la Ley Concursal. Con ello se pretende la tutela de aquellos acreedores que no han tenido la posibilidad de elegir a su deudor («acreedores involuntarios») y no han podido decidir su condición de acreedores.

Aunque la Ley hace referencia a la responsabilidad extracontractual y no a la precontractual, habría que entender que esta última queda incluida en el ámbito de la norma, ya que el concepto de responsabilidad civil extracontractual que recoge la Ley tiene que ser necesariamente amplio: «la responsabilidad extracontractual puede definirse, en consecuencia, por exclusión, como toda aquella responsabilidad que no es contractual». V. GARRIDO, J. M., «Art. 91. Créditos con privilegio general», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 1651.

V., sobre la interpretación amplia o estricta del ámbito de aplicación de este privilegio, SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Los acreedores involuntarios*, Pamplona, 2008, pgs.123 a 126.

No ha faltado quien ha considerado esta indemnización de los daños y perjuicios crédito contra la masa, cuyo fundamento se encontraría en el art. 61.2-II, *in fine* en relación con el art. 84.2-6.º de la Ley Concursal. Sin embargo, el razonamiento nos parece erróneo. V. MORENO SÁNCHEZ-MORALED A,

Ahora bien, cuando concurren determinadas circunstancias, el concursado, en caso de intervención, o la administración concursal, en caso de suspensión, podrían concluir el contrato de forma definitiva teniendo en cuenta la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial (art. 44 LC) y, en todo caso, el interés del concurso, en cuanto criterio funcional que debe guiar la actuación de los administradores concursales. De ser así, los créditos generados por la contratación serían créditos contra la masa, ya que, o bien derivarían del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración de concurso (art. 84.2-5.º LC), o bien resultarían de «obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado sometido a intervención» (art. 84.2-9.º LC).

Sin embargo, en el proceso de formación contractual pueden plantearse diversas situaciones. El consentimiento necesario para que exista contrato deriva del concurso de la oferta y la aceptación. La oferta constituye una declaración de voluntad que contiene todos los elementos necesarios para la existencia del contrato proyectado⁵²³. La aceptación consiste en una declaración de voluntad de carácter recepticio que tiene por objeto comunicar al oferente la conformidad con los términos de la propuesta. Desde la perspectiva concursal podríamos plantearnos si el concurso del oferente hace ineficaz la oferta y si en caso de concurso del aceptante la oferta se mantiene y el contrato puede perfeccionarse mediante la aceptación.

En cuanto al primer supuesto, la doctrina entiende por regla general que la muerte y la incapacidad sobrevenida del oferente, producidas antes de que hubiera aceptación, dan lugar a la ineficacia de la oferta, salvo en dos circunstancias, cuando la oferta fuera irrevocable y cuando el oferente sea un empresario y el contrato ofrecido corresponda al círculo de operaciones de la empresa, ya que se considera que en este último caso la oferta crea una situación objetiva para la empresa, que debe subsistir cualesquiera que sean las vicisitudes personales por las que atraviese el empresario⁵²⁴. Bajo el Derecho anterior se entendía que la quiebra determinaba la ineficacia de la oferta, ya que aun considerando la oferta realizada dentro del círculo de operaciones de la empresa, el quebrado, una vez inhabilitado, había perdido la disponibilidad

A., *Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales*, Valencia, 2010, pgs. 63 y 64. No puede afirmarse, como hace esta autora, que los contratos en formación quedan fuera del ámbito de aplicación de las reglas concursales, ya que los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal se refieren a los contratos con obligaciones recíprocas ya perfeccionados, y, al mismo tiempo, fundar la responsabilidad precontractual derivada de la ruptura de las negociaciones preliminares en esos mismos preceptos para considerarla un crédito contra la masa.

⁵²³ Ello distingue la oferta de una mera *invitacio ad oferendum*, que carece de proyecto de contrato, o de una situación de precontrato, que carece de las necesarias declaraciones para poner en vigor el contrato proyectado.

⁵²⁴ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, cit., pgs. 207 y 208.

patrimonial y la posibilidad de vincular la actividad empresarial⁵²⁵. A nuestro juicio la situación no puede ser la misma en el Derecho vigente. No pueden asimilarse las situaciones de muerte o incapacidad sobrevenida a la indisponibilidad patrimonial que la apertura del procedimiento concursal supone para el deudor concursado⁵²⁶. Además, en el concurso, la empresa es considerada con independencia de las vicisitudes personales del empresario. A diferencia de la quiebra, el concurso no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor. En caso de intervención, hasta la aceptación de los administradores concursales, el deudor podrá realizar los actos propios de su giro y tráfico que sean imprescindibles para la continuación de la actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado, y tras la aceptación, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, queden autorizados con carácter general. En los demás supuestos, para la realización de actos de disposición y administración sobre su patrimonio, el concursado se verá sujeto a la autorización o conformidad del órgano del concurso. Si hay suspensión corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 44 LC). Por tanto, ante la necesidad de continuar la actividad una vez abierto el procedimiento, no parece que deba admitirse la decadencia de la oferta por el concurso del oferente cuando este sea un empresario y la contratación ofrecida entre dentro del giro y tráfico propio de la empresa. A mayor abundamiento, tampoco decaería la oferta si el concursado no es un empresario pero la contratación se encuadra en la actividad profesional que este viniera ejerciendo y que continúa tras el concurso. La oferta subsiste y el concursado intervenido o la administración concursal podrán revocarla, podrán mantenerla en los mismos términos o modificarla como consecuencia de la alteración de las circunstancias en que la oferta se originó.

⁵²⁵ V. FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pg. 28, n. 9.

⁵²⁶ Ni aun bajo la quiebra, la inhabilitación del quebrado era asimilable a la muerte o a la incapacidad, si bien el legislador en algunos supuestos contractuales equiparaba la muerte a la inhabilitación (art. 280 CCom). También parece mantener esta equiparación respecto del concurso (art. 1732 CC) y, sin embargo, los efectos del procedimiento sobre las facultades patrimoniales del concursado son muy diferentes. En el procedimiento concursal «la inhabilitación se reserva para los supuestos de concurso calificado como culpable, en los que se impone como sanción de carácter temporal a las personas afectadas» (Exp. de mot. ep. III). Las razones de la asimilación entre la muerte y la inhabilitación o la declaración de concurso no derivan tanto de la situación concursal en sí, cuanto de la especial afección personal que conllevan aquellos contratos en los que se produce esa equiparación, en los que existe una consideración especial de los sujetos que condiciona la contratación. No obstante, debemos tener en cuenta que en el Derecho codificado la empresa no era considerada bajo un punto de vista objetivo y su suerte se ligaba a la del empresario, de modo que los quebrados fraudulentos o los que se fugaren durante el juicio de quiebra, no gozaban del derecho a hacer convenios (art. 898 CCom de 1885.). De hecho, la normativa, más atenta al empresario que a la empresa, no preveía la continuación de la actividad, sino su cierre y la ocupación de los bienes del quebrado (art.1046 CCom de 1829), por lo cual este quedaba de derecho separado e inhibido de la administración de todos sus bienes desde que se constituía en estado de quiebra (art. 1035 CCom de 1829). Ante tal situación resultaba difícil mantener la eficacia de una oferta, obra personal del deudor, que además no conllevaba ninguna obligación, ninguna vinculación ni ninguna situación jurídica.

Por otra parte, en caso de oferta irrevocable, esta se mantendría vigente durante un periodo de tiempo, en el cual no habrá posibilidad de revocación y podrá producirse la aceptación⁵²⁷ o incluso una contraoferta en consideración a los nuevos hechos que la declaración de concurso conlleva, lo que colocará al concursado en el lugar del aceptante.

En cuanto al supuesto de concurso del aceptante, el oferente siempre podrá revocar la oferta cuando no sea irrevocable y mientras no haya recaído la aceptación del destinatario. Conforme a lo expuesto, el concursado intervenido o la administración concursal en caso de suspensión podrán aceptar la oferta, de modo que, perfeccionado el contrato tras la declaración de concurso, los créditos que se originen serán créditos contra la masa (art. 84.2-5.º y 9.º LC). Ahora bien, dado que con la aceptación el contrato se perfecciona y los contratantes pueden exigirse el cumplimiento de las obligaciones respectivas, aunque la Ley disponga la continuación del ejercicio de la actividad profesional y empresarial del concursado, la situación concursal conlleva una alteración sobrevenida de las circunstancias que no habrá podido ser tenida en cuenta por el oferente en su propuesta. Por ello, consideramos que tanto en el caso de oferta irrevocable, la cual vincula al oferente durante un determinado periodo de tiempo en el que su poder de revocación se verá limitado, como en el caso de que el oferente no llegara a conocer la situación concursal del aceptante hasta que tuviera conocimiento de la aceptación, esta no podrá producir efectos y solo tendrá el alcance de una contraoferta o una nueva oferta⁵²⁸. Para la perfección del contrato será preciso que la parte *in bonis* acepte la contratación ante las nuevas circunstancias que plantea el concurso.

Por último, habrá que tener en cuenta que la perfección del contrato puede no depender únicamente de la existencia del consentimiento, cualquiera que sea la forma a través de la cual dicho consentimiento se manifieste, sino del cumplimiento de determinados requisitos de forma, los cuales estarían dotados de eficacia constitutiva, de modo que el contrato solo tendría válida existencia una vez que la forma ha sido cumplida. Así, declarado el concurso, para que el contrato se perfeccione con el concursado intervenido o la administración concursal en caso de sustitución será preciso que los contratantes cubran esos requisitos de forma, ya que, en otro caso, el acuerdo carecería de validez y podría ser impugnado mediante las acciones de nulidad

⁵²⁷ Ante una oferta irrevocable el oferente se encuentra realmente vinculado. La doctrina ha considerado que la oferta irrevocable da lugar a un negocio jurídico unilateral del oferente por el que se atribuye al destinatario no solo el poder de perfeccionar el contrato, sino también el poder de hacer ineficaz una revocación indebida. V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, cit., pg. 207.

⁵²⁸ FÍNEZ RATÓN —*Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pg. 28, n. 9— considera solo el supuesto de la oferta irrevocable. A nuestro entender la cuestión se plantea también cuando siendo revocable la oferta, el oferente no tiene conocimiento del concurso hasta el mismo momento de la aceptación.

correspondientes⁵²⁹. La nulidad por falta de forma podría conducir a una responsabilidad precontractual en los términos ya vistos, si bien, en principio, ambas partes habrían de considerarse culpables de la carencia de forma que es la causa de la nulidad.

En definitiva, cuando el contrato se encuentra en formación no resulta aplicable la regla concursal prevista para los contratos con obligaciones recíprocas que impone la continuación del contrato tras la declaración de concurso de cualquiera de los contratantes (art. 61 LC). Conforme a lo que acabamos de exponer, no puede decirse que los acuerdos sean oponibles al concurso, aunque el concursado intervenido o la administración concursal en determinadas circunstancias puedan asumirlos. En tal caso, perfeccionado el contrato una vez declarado el concurso y, por tanto, en las condiciones patrimoniales que este conlleva, la contratación queda fuera del ámbito de los efectos del concurso sobre los contratos pendientes⁵³⁰. Cuestión distinta es la que se plantea ante la existencia de una promesa de contrato.

2.2.2. El precontrato.- La construcción teórica y el derecho codificado.- La soluciones de la Ley Concursal.- La promesa bilateral de compraventa

La construcción teórica de esta figura dio origen a un amplio debate doctrinal⁵³¹ que mantiene toda su vigencia, ya que la delimitación de la naturaleza jurídica de precontrato es fundamental para determinar el alcance de los efectos del concurso⁵³².

⁵²⁹ La administración concursal podría ejercer dicha acción de nulidad por la vía del artículo 71.7 LC, por ejemplo, cuando el deudor al formalizar el documento privado entregó dinero o bienes y se pretende su restitución.

⁵³⁰V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1121.

Frente a ello, en el Derecho italiano, la doctrina considera que la regla general que regula los efectos de la quiebra sobre las relaciones jurídicas preexistentes, y que reconoce a la sindicatura la facultad de elección entre la resolución de la relación o su asunción con cargo a la masa (art. 72.1 *legge fallimentare*), sería aplicable a los contratos en curso de formación. La razón de ello parece encontrarse en el hecho de que ante esa regla general no tiene la misma relevancia la circunstancia de que el contrato resulte o no oponible al concurso. La oponibilidad supone cuanto menos la posibilidad de un conflicto que se origina en las consecuencias patrimoniales que conlleva la apertura del procedimiento concursal y que modifican los términos de la contratación. De modo que, al establecer la subsistencia del contrato, la limitación que el procedimiento supone para las facultades patrimoniales del deudor incidirán necesariamente en el contrato. Sin embargo, cuando lo que se prevé es la resolución automática del contrato como consecuencia de la apertura del procedimiento o la facultad de sustitución de la sindicatura en el lugar del contratante quebrado no se genera conflicto alguno. Si la sindicatura no asume el contrato, este se resuelve y, si lo asume, lo acepta en todo su contenido, de manera que, aunque inicialmente no le fuera oponible, deberá atenerse a lo acordado y cumplirlo con cargo a la masa. En consecuencia, la sindicatura estaría renunciando a su posición de tercero frente al contrato celebrado entre el deudor concursado y el contratante *in bonis*, y por tanto, al presupuesto de su inoponibilidad. V. TEDESCHI, G. U., *Manuale del nuovo Diritto fallimentare*, cit., pgs. 332 y 333.

⁵³¹ Que recoge el profesor DE CASTRO en un trabajo imprescindible, «La promesa de contrato (Algunas notas para su estudio)», *ADC*, 1950, pgs. 1133 y ss. V., también, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, cit., pg. 217 y ss. Sobre otras tendencias doctrinales y jurisprudenciales, v. MARÍN NARROS, H. D., «Estudio sobre el concepto y los efectos del precontrato», *RCDI*, 718, Abril, 2010, pgs. 487 y ss.

Con arreglo a la tesis tradicional y clásica, el precontrato constituiría un negocio por el cual las partes se obligan a emitir sendas declaraciones de voluntad con el fin de concluir un contrato definitivo hasta ese momento meramente proyectado. Lo característico del precontrato o promesa de contrato es que contiene una obligación de hacer o de contratar, un vínculo personal *ad faciendum* que podía venir referido a ambas partes o solo a una, según que la promesa fuera bilateral o unilateral. En cuanto la prestación consiste en emitir una futura declaración de voluntad para concluir el contrato definitivo, se trataría de una obligación inejecutable, ya que la emisión de un consentimiento es un acto personal y no directamente coercible. Por tanto, el incumplimiento de esta obligación solo podría dar lugar a una indemnización de daños, sin que sea posible imponer el cumplimiento y la ejecución forzosa⁵³³. Por ello, en relación con la quiebra, esta concepción conducía a entender que la obligación de constituir el contrato definitivo no sería exigible frente al procedimiento. Ahora bien, aunque en principio la sindicatura no vendría obligada por la promesa de contrato hecha por el deudor quebrado, llega a admitirse que estaría facultada para cumplirla cuando no fuera incompatible con las exigencias y fines del procedimiento. Si la sindicatura no daba curso al contrato, la parte no concursada no tenía derecho a insinuar un crédito por los daños; pero si decidía concluir el contrato, podía obligar a la otra parte a la observancia del contrato preliminar⁵³⁴. No obstante, no faltan autores que consideran

V., igualmente, BONARDELL LENZANO, R., *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, cit., pgs. 47 y ss.

⁵³² V. FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pg. 28, n. 10.

⁵³³ Algo que en última instancia acontece en todas las obligaciones infungibles o de índole personalísima. De ahí que se apuntara la posibilidad de acudir al juez para que sustituya el consentimiento de la parte incumplidora con el fin de que se perfeccione el referido contrato, v. ALGUER, J., «Para la crítica del concepto de precontrato», *RDP*, 1935, pgs. 322 y ss. En este sentido, el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referido a la ejecución forzosa de resoluciones de condena a la emisión de una declaración de voluntad, establece que, si no «estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico. Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si esta no se emitiera por el condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante [...]». Por lo que se ha señalado que aun bajo la concepción tradicional los precontratos seguirán en el concurso el mismo régimen que los demás contratos sinalagmáticos, v. BONARDELL LENZANO, R., *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, cit., pgs. 49 y 50.

⁵³⁴ Esta era la opinión mantenida por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia en Derecho italiano, v. BONELLI, G., *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, cit., pg. 626; y SATTA, S., *Diritto fallimentare*, Padua, 1990, pgs. 269 y 270. Por su parte, MONTESSORI —*Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, Roma, 1917, pgs. 15 a 22— consideraba que entran en los poderes de la sindicatura la conclusión de los contratos y la aceptación de ofertas o propuestas contractuales. A su juicio, en caso de promesa bilateral, la quiebra colocaba al quebrado ante la imposibilidad de concluir el contrato definitivo, por eso la parte no quebrada se veía libre de ejecutar la promesa de contrato, a menos que la sindicatura cumpliera a su vez la obligación que correspondía al quebrado. En opinión de este autor, no se trataba de una aplicación de la regla general que atribuía al contratante *in bonis* la facultad de suspender su propia prestación hasta que la sindicatura decidiera si asumía la ejecución de la contraprestación con cargo a la masa. El contrato preliminar no se dirige a un intercambio de prestaciones, sino a obtener la cooperación de las partes para concluir el contrato

aplicables a la promesa de contrato las normas previstas para los contratos bilaterales pendientes⁵³⁵.

En Derecho español, frente a la concepción tradicional se alza la más coherente construcción teórica del profesor DE CASTRO, para quien el recurso a la obligación de hacer un nuevo contrato definitivo resultaba no solo innecesario, sino también inconveniente, ya que añadía un elemento extraño a la promesa de contrato por la cual las partes manifiestan solamente querer celebrar un contrato preparatorio, pero no querer hacer de nuevo el mismo contrato que proyectaron. Los sujetos no se obligan a hacer un contrato cuando ya convinieron en quedar obligados por el contrato proyectado. De manera que el precontrato constituiría una etapa previa en el proceso de formación del contrato definitivo con su propia validez y eficacia, en la cual los contratantes aceptan de mutuo acuerdo un proyecto de contrato y convienen que ese contrato proyectado tenga eficacia plena en el momento en que lo exija cualquiera de ellos o aquel facultado para ello. La convención genera un vínculo obligatorio entre las partes del que nace la facultad de poner en funcionamiento el contrato proyectado. Esa vinculación jurídica puede ser en favor de cada una de las partes o de una sola. Si la promesa de contrato tiene naturaleza de contrato con causa jurídica propia, distinta del contrato proyectado, en la promesa bilateral, la causa consistirá en la recíproca concesión que se hacen las partes de pedir el cumplimiento del contrato proyectado, en tanto que en la promesa unilateral, donde la facultad de pedir el cumplimiento del contrato proyectado es concedida a una parte, cualquiera de las causas permitidas en derecho podrá serlo del precontrato (art. 1274 CC).

definitivo. De ahí que no se trata de que el contratante *in bonis* pueda, tras la apertura del procedimiento concursal suspender el cumplimiento de su obligación en defensa de su crédito por la contraprestación, sino de que la quiebra hace imposible la ejecución del contrato preliminar, esto es, la conclusión del contrato definitivo, salvo que la sindicatura decida cumplir la promesa. V., también, GUGLIELMUCCI, L., «Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», en *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, pgs. 140 a 146.

⁵³⁵ SALVADORE —*Effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, cit., pg. 23— entendía que en la problemática de los contratos bilaterales en la quiebra había que considerar incluida la promesa bilateral de contrato, ya que así como en los contratos definitivos bilaterales surgen obligaciones para ambos contratantes, también en la promesa bilateral de contrato deriva para ambas partes la obligación de contratar y, en caso de incumplimiento, el derecho al resarcimiento de los daños. El hecho de que tales acuerdos preliminares no tengan eficacia respecto de los terceros no excluye que la declaración de quiebra produzca sobre ellos efectos análogos a los que se originan para los contratos bilaterales definitivos. Bajo la vigencia de la *legge fallimentare* v. RUISSI, G., «Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», *Riv. Dir. Civ.*, XI, 1965, pgs. 254 y ss, y 323 y ss, en especial, pg. 288. Para este autor, los principios y exigencias que atiende la regulación en torno a los contratos ya perfeccionados, la preeminencia del interés de la quiebra y, en consecuencia, la facultad de elección del órgano del procedimiento, son igualmente aplicables a los contratos en formación. Si la norma general reconoce a la sindicatura la facultad de liberarse del contrato perfecto, pero todavía no ejecutado, con mayor razón se le debe considerar libre de adherirse o no al contrato en curso de formación. También, BONSIGNORI —*Diritto fallimentare*, cit., pg. 202— consideraba que no podía limitarse el campo de aplicación de los arts. 72 y ss de la *legge fallimentare* a los negocios ya concluidos y perfectos.

Desde el punto de vista contractual, si ante una promesa bilateral las partes adquieren la facultad de exigirse recíprocamente el cumplimiento del contrato proyectado, en caso de incumplimiento de la promesa bilateral, como en caso de incumplimiento de la obligación de pago de una prima si se trata de un promesa unilateral onerosa, el acreedor puede pedir la resolución del contrato y, por tanto, la liberación de la promesa (art. 1124 CC). Al mismo tiempo, puesto que el contenido de la obligación creada por la promesa no es hacer un nuevo contrato sino cumplir lo pactado, será posible condenar al que prometió, por ejemplo, la venta de una cosa, a su entrega y al otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Si bien, cuando el contrato preliminar no ofrezca base bastante para la condena específica sin un nuevo convenio, será imposible el cumplimiento forzoso, y solo podrá exigirse la indemnización de los daños y perjuicios causados si medió culpa (ex art. 1902 CC).

Desde la perspectiva concursal, la facultad de decidir la eficacia del contrato proyectado, en cuanto poder, es uno de los valores del activo patrimonial de su titular e irá unida necesariamente a las obligaciones que surgen como consecuencia de su ejercicio y que recaen sobre dicho titular. De manera que bajo el Derecho codificado se entendió que si se declaraba el concurso o la quiebra, los síndicos podrían ejercer esa opción y vendrían obligados por el contrato proyectado. A su vez, desde el punto de vista pasivo, el que hizo la promesa queda vinculado a la voluntad del que la recibe para obligarse por el contrato proyectado. No obstante, el objeto de la promesa queda en el patrimonio del promitente, se verá sometido a la acción de sus acreedores y formará parte de la masa del concurso o de la quiebra⁵³⁶.

A diferencia del Derecho francés, el Código Civil español distinguió claramente la promesa de vender o comprar y el contrato de compraventa propiamente dicho. La primera da derecho a los contratantes a reclamar *recíprocamente* el cumplimiento del contrato y se rige por las normas generales de las obligaciones y contratos (art. 1451)⁵³⁷.

⁵³⁶ A no ser que se trate de una opción inscrita y oponible frente al procedimiento, v. DE CASTRO Y BRAVO, F., «La promesa de contrato (Algunas notas para su estudio)», cit., pgs. 1178 y 1180. Este autor pone de manifiesto que si bien la opción tiene una situación especial dentro del patrimonio de su titular, ya que depende de la promesa que la ha originado y de la relación contractual proyectada, hay una clara tendencia a independizar facultades, mediante verdaderos derechos de opción con eficacia frente a terceros —ibídem, pg. 1179—. En este proceso de objetivación se desliga la opción de la relación obligatoria que la crea y se concibe como una facultad dirigida a crear derechos y obligaciones entre los contratantes, como un derecho a adquirir lo que sea objeto del contrato.

⁵³⁷ En la doctrina y la jurisprudencia se discutía si este precepto venía referido solo a la promesa unilateral o a la promesa bilateral, aunque parecía hacer referencia a ambas, ya que si bien en el párrafo primero alude a la promesa de *vender o comprar*, en su párrafo segundo se refiere a la promesa de *compra y venta*. La falta de claridad de la norma parece debida a que no distingue los dos momentos en los que puede encontrarse la promesa. En un primer momento, perfecta la promesa y antes de exigirse el cumplimiento, si existe una promesa unilateral, hay promesa de *compra o venta*, y si existe promesa bilateral, también hay promesa de compra por una parte y de venta por otra, por lo que se ejercitará normalmente la promesa de compra o la de venta. En un segundo momento, cuando se exija el cumplimiento de la promesa, tanto si es unilateral como bilateral, funcionará como promesa de compra y venta, ya que los contratantes tienen derecho para exigirse recíprocamente el cumplimiento del contrato. Ante una promesa unilateral de venta, por la que un sujeto se compromete a vender a un determinado precio cuando la otra parte se lo solicite, ejercida la facultad, el vendedor deberá entregar la cosa al precio acordado, que deberá

El segundo da lugar al intercambio recíproco de una cosa determinada y un precio cierto, y se rige por las disposiciones especiales previstas en el Título IV (arts. 1445 y ss.). Con arreglo a esta distinción, en la práctica existirá una promesa unilateral de venta si un sujeto se compromete a vender a un determinado precio cuando el comprador se lo solicite, y una promesa unilateral de compra si un sujeto se compromete a comprar un bien concreto a un precio cierto cuando el vendedor se lo solicite. Con independencia de que ejercida la promesa surjan derechos y obligaciones para ambas partes derivados de la puesta en vigor del contrato proyectado, la promesa en sí solo obligaría a una parte, de modo que, frente al concurso, nos encontraríamos ante un supuesto semejante al de los contratos unilaterales, en el que solo se generan obligaciones para un contratante. Frente a ello, habrá una promesa bilateral de compraventa cuando los sujetos hayan dispuesto no quedar inmediatamente vinculados por la compraventa proyectada, sino diferir para un momento posterior la exigibilidad de la cosa y el precio, que se producirá a instancias de cualquiera de las partes. En este caso, puesto que la promesa obliga recíprocamente a ambas partes, frente al concurso nos encontraríamos ante un supuesto semejante al de los contratos bilaterales pendientes⁵³⁸. La falta de identidad absoluta radica en el hecho de que el ejercicio de la promesa por la parte concursada tendría repercusión en la disciplina concursal, pues parece dudoso que quien ha requerido al

ser satisfecho por el comprador. En consecuencia, la promesa en sí puede generar obligaciones solo para una parte, aunque en su fase de cumplimiento ambas partes vengan obligadas a cumplir. V. DE CASTRO Y BRAVO, F., «La promesa de contrato (Algunas notas para su estudio)», cit., pg. 1171.

⁵³⁸ V. GARCÍA VICENTE, J. R., «Promesa bilateral de compraventa pendiente de ejecución y concurso de promitente comprador», cit., pgs. 528 y ss. Para este autor, la promesa bilateral «debe concebirse como un contrato en sentido estricto, que contiene todos los elementos esenciales de la relación contractual definitiva y que, como particularidad, otorga a ambas partes la facultad de ponerla posteriormente en vigor». También, MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., *Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 74 y ss.

En el Derecho italiano, tras la reforma introducida por el d. legisl. n° 169 de 2007, el legislador reconoce expresamente la posibilidad de extender al contrato preliminar la regla general prevista para los efectos de la quiebra sobre las relaciones jurídicas preexistentes (art. 72-1 *legge fallimentare*), si bien se contemplan dos excepciones: la que hace referencia a las disposiciones especiales previstas para los inmuebles en construcción en caso de quiebra del constructor (art. 72 bis *legge fallimentare*), y la relativa a los contratos preliminares de venta de inmuebles inscritos con arreglo a lo previsto en el art. 2645 bis del *codice civile*, cuando tengan por objeto un inmueble destinado a constituir la vivienda principal del adquirente o de sus parientes y afines dentro del tercer grado (art. 72-3 y 8 *legge fallimentare*). En caso de resolución del contrato preliminar de venta inmobiliaria inscrito con arreglo a lo establecido en el artículo 2645 bis del *codice civile*, el adquirente *in bonis* que recibió la promesa de vender tendrá derecho a hacer valer su crédito por la restitución de lo que hubiera entregado a cuenta del precio, sin que le sea reconocido un derecho al resarcimiento del daño, y goza del privilegio reconocido en el artículo 2775 bis del *codice civile* a condición de que subsistan los efectos de la inscripción del contrato preliminar a la fecha de la declaración de quiebra (art. 72-7 *legge fallimentare*)

El legislador italiano ha regulado la posibilidad de obtener la ejecución específica de la obligación de concluir un contrato —art. 2932 *codice civile*—. De modo que, cuando esta posibilidad se haya ejercido frente al promitente quebrado antes de la declaración de quiebra, la sindicatura se opondrá a esa pretensión ejercitando su poder de resolución vía excepción. En tal caso, la opción de los síndicos por la resolución prevalecerá sobre la iniciativa de la parte *in bonis* a la ejecución forzosa del contrato preliminar. Ahora bien, habrá que tener en cuenta las normas especiales previstas para la tutela específica de los derechos patrimoniales de los adquirentes de inmuebles en construcción —d. legisl. n° 122 de 20 de junio de 2005—. V. BONFATTI, S., y CENSORI, P. F., *Manuale di Diritto fallimentare*, cit., pgs. 314 a 316.

promitente el cumplimiento de su promesa de poner en vigor el contrato proyectado pueda posteriormente pedir la resolución del contrato en interés del concurso (art. 61.2-II LC), ya que iría en contra de sus propios actos. De modo que, la parte concursada o bien opta por no pedir el cumplimiento de la promesa a la otra parte y solicita del juez la resolución del contrato en interés del concurso, o bien si el contratante *in bonis* pide la ejecución de la promesa, el concursado puede acudir a la posibilidad de resolver el contrato en interés del concurso. Al mismo tiempo, habrá incumplimiento de la promesa cuando ejercida por cualquiera de las partes la facultad de exigir su cumplimiento, la otra parte no cumpla (salvo que se hubiere estipulado otra cosa, aunque normalmente el plazo suele ser único para ambas partes), en tal caso, sería posible la resolución, que dentro del procedimiento concursal deberá ejercerse con arreglo a lo previsto en el artículo 62 de la Ley. Ahora bien, en los supuestos de promesa bilateral, los efectos de la resolución serán indemnizatorios, ya que aun cuando se hubiera pagado una prima por la promesa, parece que no cabría la posibilidad de un crédito restitutorio, pues no sería restituible una prima pagada como contraprestación por la posibilidad de ejercer la promesa y no por la puesta en vigor del contrato proyectado.

En todo caso y con carácter previo habrá que resolver un problema de interpretación de la voluntad de los contratantes, ya que, ante los problemas dogmáticos que aún padece la figura del precontrato, en la práctica se «abusa» con frecuencia del mismo y no debe olvidarse que la calificación de un negocio no es la que las partes le asignen, sino la que resulta del análisis de su contenido y de la función que esté llamado a cumplir⁵³⁹. Así, no habrá precontrato, sino contrato de compraventa cuando en una compraventa de inmuebles, las partes otorgan primero el documento privado de compraventa y dejan para un momento posterior la formalización del documento público, que no es necesario para la existencia del contrato, ya que la compraventa es consensual y su formalización en escritura pública no afecta a la perfección del contrato, pues no tiene otro alcance que el que se deduce de los artículos 1278 y 1279 del Código Civil⁵⁴⁰. Del mismo modo, cuando lo que pretenden las partes es diferir los efectos del

⁵³⁹ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, cit., pgs. 219, 220 y 223.

En la jurisprudencia se señala la diferencia entre el precontrato y el contrato definitivo en atención a la voluntad de las partes, la configuración del contenido del acuerdo y la concurrencia de los elementos esenciales del contrato. Para ello habrán de tenerse en cuenta los criterios interpretativos de los arts. 1281 a 1289 CC. «Todo ello, con independencia de la calificación efectuada por las partes, ya que para el Tribunal Supremo los contratos son lo que son, y no lo que las partes dicen que son», v. MARÍN NARROS, H. D., «Estudio sobre el concepto y los efectos del precontrato», cit., pgs. 495 y ss.

⁵⁴⁰ En este sentido, la SJ 1.ª instancia y mercantil 2 de Lugo, de 26.10.2009 señala que «el precontrato de venta es un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, los actores deben pagar el precio y la concursada entregar las viviendas, que es a lo que pueden compelerse mutuamente. Es decir, estamos ante el supuesto del artículo 61.2 de la Ley Concursal que ha previsto que no se vean afectados los contratos vigentes por la simple declaración de concurso». Aunque no queda claro si realmente se daba una situación de precontrato ya que «se admite por todas las partes que en virtud de precontratos de venta celebrados con la concursada los actores entregaron cada uno su correspondiente cantidad de dinero a cuenta del precio de la vivienda que la concursada se obligaba a construir y vender». El juez parece seguir la construcción del profesor DE CASTRO en torno al precontrato al señalar que «en un principio se había mantenido que el precontrato era un contrato cuyo objeto era la celebración del futuro contrato, sin embargo, actualmente doctrina y jurisprudencia estiman

contrato proyectado a un momento posterior o al momento en que se presenten determinadas circunstancias, no será necesario el precontrato, pues los sujetos pueden someter el cumplimiento de la obligación de entrega de la cosa o del pago del precio, o ambas, a una condición suspensiva.

V. LOS SUPUESTOS DE PENDENCIA DEL CONTRATO: EL PRINCIPIO DE VIGENCIA DEL CONTRATO TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

El contrato con obligaciones recíprocas preexistente a la declaración de concurso puede estar pendiente de ejecución total o parcial por una sola parte o por ambos contratantes. La situación de pendencia del contrato al momento de apertura del procedimiento podrá venir referida tanto a los sujetos como al objeto de la obligación o bien a ambos elementos. Desde un punto de vista subjetivo, el contrato con obligaciones recíprocas puede estar pendiente de cumplimiento por una o por ambas partes. Desde el punto de vista objetivo, puede estar pendiente de cumplimiento total o parcial. Por tanto, es posible que ambos contratantes —concurtido y parte *in bonis*— hayan incumplido total o parcialmente las prestaciones debidas, o bien que una de las partes en la contratación haya incumplido de forma total o parcial la prestación o prestaciones comprometidas.

Tomando como punto de referencia el momento temporal de la declaración judicial de concurso, la norma distingue dos situaciones contractuales con diferentes efectos concursales: que uno de los contratantes haya cumplido íntegramente la prestación a su cargo, de modo que solo quedaría pendiente de cumplimiento la correspondiente al otro contratante, o que las prestaciones estén pendientes de cumplimiento por ambas partes. Esta distinción tiene una trascendencia fundamental, tanto para los créditos derivados del contrato, como para las facultades contractuales de las partes. Caso de que el contrato esté pendiente de cumplimiento total o parcial solo por una parte, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso. Si la prestación está pendiente de cumplimiento por el contratante *in bonis*, el concursado será titular de un crédito que ingresará en la masa activa. Si la prestación está pendiente de cumplimiento por el concursado, la parte *in bonis* será titular de un crédito que ingresará en la masa pasiva.

En el supuesto de que el contrato esté pendiente de cumplimiento por ambas partes, «las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa». Además, el contrato podrá resolverse en interés del concurso o por

que el cumplimiento del precontrato consiste en poner en vigor el contrato cuyo *iter* ha sido ya iniciado», sin embargo, en la práctica no distingue la promesa bilateral de contrato del contrato de compraventa, ya que si en virtud del precontrato se entregaron cantidades a cuenta del precio, parece claro que la intención de las partes no era diferir el cumplimiento a un momento posterior atribuyendo a cada una de las partes la facultad de exigirlo así, sino que se está ejecutando la compraventa acordada, v., esta sentencia en el *ADCo*, 20, 2010-2, pgs. 530 y 531.

incumplimiento de cualquiera de las partes (arts. 61.2 y 62 LC). De modo que, la posición del contratante *in bonis* frente al concurso es mejor si no ha cumplido totalmente la prestación a su cargo que si la ha cumplido⁵⁴¹.

⁵⁴¹ V. VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en Cordón Moreno (dir.): *Comentarios de la Ley Concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pg. 477. También, MONSERRAT, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», *ADCo*, 14, 2008-2, pgs. 71 y ss, en especial, pg. 73.

Como hemos visto, en el Derecho anterior, esta situación desventajosa de la contraparte que ha cumplido se paliaba en la compraventa permitiendo al vendedor insatisfecho recuperar los bienes o retenerlos mientras no se hubiere procedido a su entrega material (art. 909.8.º y 9.º). Por lo que parece que el vendedor insatisfecho era mejor tratado bajo el derecho derogado, ya que la Ley Concursal somete a todos los acreedores que han cumplido al mismo tratamiento, su crédito será un crédito concursal.

No obstante, en los sucesivos intentos reformadores del Derecho concursal español no existe una norma semejante a la contenida en el art. 61.1 LC, que aparece por primera vez en el Anteproyecto de Ley Concursal del 2000. En el Anteproyecto de 1959, el derecho de opción entre la resolución o la ejecución del contrato correspondía al órgano de administración en los contratos con obligaciones recíprocas, «cuando ninguna de las prestaciones haya sido íntegramente cumplida» (art. 46). Asimismo, el Anteproyecto de 1983, se refería a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de ejecución (art. 174), y la Propuesta de Anteproyecto de 1995 aludía a los contratos con una o varias obligaciones total o parcialmente pendientes de ejecución (art. 72). Tampoco en el Derecho comparado encontramos referencia alguna a los efectos del procedimiento sobre los contratos con obligaciones recíprocas íntegramente cumplidos por una de las partes. El Derecho francés se refiere en exclusiva a los contratos en curso (art. 622-13 *Code de Commerce*), el Derecho alemán a los contratos bilaterales no cumplidos, en todo o en parte, por el deudor y por la contraparte al momento de la apertura del procedimiento de insolvencia (art. 103 *InsO*), y el Derecho italiano alude a los contratos no ejecutados o no completamente ejecutados por ambas partes (art. 72 *legge fallimentare*). Por tanto, estará en curso un contrato de tracto sucesivo vigente tras la apertura del procedimiento o un contrato de ejecución instantánea cuando ninguna de las partes ha cumplido íntegramente las obligaciones a su cargo. Solo en tales situaciones tiene sentido atribuir a los órganos del procedimiento un derecho de opción entre la continuación y la resolución del contrato, dado que el vínculo de reciprocidad entre prestación y contraprestación justifica que el contratante *in bonis* no se vea sujeto al concurso. Cuando el concurso no encuentra pendientes un crédito, que deba ingresar en la masa activa, o una deuda, que deba incrementar la masa pasiva, sino que existe la posibilidad al mismo tiempo de que se genere un incremento de la masa activa y un aumento parejo de la masa pasiva, parece lógico que se atribuya al órgano que ejerce el interés del procedimiento la decisión de si «conviene» o no a los fines del procedimiento adquirir para la masa activa, y se haga cargo de la contraprestación con cargo a la masa pasiva. El derecho del contratante *in bonis* a participar en el concurso está sujeto a la previa decisión de los órganos concursales sobre la suerte del contrato. En base a ello, tampoco parece aceptable que el contratante *in bonis* en un contrato pendiente venga facultado a comunicar su crédito en el procedimiento, y se sujete al concurso. Aunque la *legge fallimentare* contempló esta posibilidad para la compraventa en caso de quiebra del comprador, amparándose en que conducía al reconocimiento de un crédito dinerario por el precio, y no alteraba los principios y reglas concursales. Lo cierto es que no podía admitirse en aquellos supuestos en que el crédito no era dinerario o el contrato originaba una relación jurídica duradera o de tracto sucesivo, v. BONELLI, G., «Rapporti giuridici preesistenti», en *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, vol. II, cit., pgs. 573 y 574. Así, en caso de quiebra del vendedor, el comprador *in bonis*, no venía facultado a entregar el precio, ya que su crédito no tenía carácter pecuniario, y de admitirse la comunicación de un crédito a su favor por el equivalente pecuniario correspondiente a la prestación *in natura* inicialmente pactada, estaríamos ante una prestación diferente. Solo a la sindicatura correspondía decidir sobre la oportunidad de la ejecución, razón por la que tampoco podía admitirse una cláusula contractual que acordara en caso de quiebra de cualquiera de las partes de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes la continuación de derecho con la masa, v. SALVADORE, I.A., *Effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, cit., pgs. 31 y 32. Así, la reforma de la *legge fallimentare*, que viene a recoger el derecho de opción de la sindicatura entre la continuación o la resolución del contrato como regla general aplicable a todos los contratos que carecen de regulación específica, ha derogado aquella facultad del vendedor *in bonis* de hacer valer en el pasivo su crédito por el precio, v. GUGLIELMUCCI, L., *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Milán, 2006, pgs. 7 a 10.

Sin embargo, no creemos que se trate de una situación «injusta», ya que conforme a las reglas y principios funcionales del procedimiento concursal, el «pago o cumplimiento» que puede proporcionar el concurso a los acreedores del deudor está sujeto en todo caso a su integración en la masa pasiva y a su participación en el convenio o en la liquidación, en atención a la naturaleza y cuantía de su crédito. El «sacrificio» que se exige a este acreedor, es el mismo que se exige al resto de acreedores del concursado anteriores a la declaración de concurso.

Ahora bien, dado que el cumplimiento del contrato es la premisa sobre la que descansa la solución normativa, habrá que determinar si ha habido o no cumplimiento íntegro del contrato por alguno de los contratantes como requisito previo a la aplicación del artículo 61.1 o del artículo 61.2 de la Ley Concursal.

1. La premisa del cumplimiento del contrato

La determinación del cumplimiento contractual entraña un juicio de valor sobre el modo en que las partes han llevado a cabo las obligaciones derivadas del contrato, es decir, sobre los actos de las partes dirigidos a la ejecución de la prestación o prestaciones comprometidas. De manera que será preciso determinar en qué forma se ha cumplido el deber jurídico, liberar al deudor de su obligación y satisfacer el interés del acreedor⁵⁴². El cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato entraña al

⁵⁴² V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 542.

Se pone de manifiesto como esos tres elementos (ejecución exacta de la prestación, satisfacción del acreedor y liberación del deudor) pueden o no coincidir en el momento del cumplimiento dependiendo de las circunstancias subjetivas, objetivas o temporales que afectan a la obligación. Así, si se produce el pago por el tercero —fiador—, el acreedor se habrá visto satisfecho, pero no se habrá producido la ejecución de la prestación conforme al programa inicialmente previsto por las partes; o si se produce la consignación de lo debido, el deudor se habrá visto liberado, pero no se habrá producido simultáneamente la satisfacción del acreedor.

El Código Civil admite como regla general el cumplimiento de la obligación por el tercero (art.1158), salvo que del contrato se derive la necesidad de cumplimiento por el propio deudor (v. gr., obligaciones *intuitus personae*, art. 1161 CC). El «interés» del tercero en el cumplimiento puede encontrarse directamente vinculado al propio contrato, porque ese tercero sea responsable o partícipe de la obligación (v. gr., fiador o mandatario), o puede ser extraño a la relación (v. gr. liberalidad). Ahora bien, el pago por el tercero permite la satisfacción del crédito, pero no libera al deudor. El crédito se extingue, pero, salvo que el interés del tercero sea realizar un acto de pura generosidad, se produce una nueva obligación entre el deudor y el tercero, autónoma e independiente de la relación obligatoria existente entre deudor y acreedor. El tercero tendrá entonces un derecho de reembolso contra el deudor, que originará un crédito a su favor por el equivalente exacto de la prestación ejecutada y podrá subrogarse en los derechos del acreedor con todos sus accesorios y garantías. Además, caso de que el pago del tercero se realizara contra la expresa voluntad del deudor, aquel dispone de una acción de enriquecimiento, por la que solo podrá reclamar del deudor «aquello en que le hubiera sido útil el pago» (art. 1158.II y III CC). Ante estas premisas, es posible que el tercero hubiera cumplido la obligación del concursado o del contratante *in bonis* con anterioridad a la apertura del procedimiento concursal. En el primer caso, el crédito del contratante *in bonis* se habrá extinguido y el tercero podrá comunicar en el concurso su crédito al reembolso, por tanto, solo subsistirá pendiente la obligación a cargo de la parte *in bonis* que se integrará en la masa activa del concurso. En el segundo caso, cuando el tercero hubiera cumplido la obligación de la parte *in bonis*, se habrá extinguido el crédito del concursado. El tercero tendrá un crédito de reembolso contra la el contratante *in bonis* y solo subsistirá pendiente la obligación a cargo del concursado que se integrará en la masa pasiva del concurso. V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1142.

mismo tiempo la ejecución exacta de la prestación, la liberación del deudor y la satisfacción del interés del acreedor.

1.1. El cumplimiento de las obligaciones principales y el cumplimiento de las obligaciones accesorias: cumplimiento íntegro

Los jueces y tribunales de lo mercantil comparten el criterio, generalizado en la doctrina y la jurisprudencia, de que existe cumplimiento total de la prestación o prestaciones comprometidas cuando la ejecución es conforme a los términos del contrato y el interés del acreedor se ha visto satisfecho, con independencia de que dicha ejecución o cumplimiento haya sido voluntario o forzoso⁵⁴³. Por tanto, en principio, no habrá cumplimiento íntegro si el cumplimiento es parcial o defectuoso (ya sea por evicción o por vicios), si solo se produce sobre obligaciones accesorias o, en general, cuando no satisface el interés del acreedor. El cumplimiento exacto requiere que la prestación o prestaciones comprometidas se hayan cumplido totalmente conforme a lo pactado, y de existir una divergencia (*aliud*) el acreedor podrá rechazar el cumplimiento (arts. 1166 y 1169 CC).

Cuando el deudor se comprometa a ejecutar varias prestaciones será preciso determinar si nos encontramos ante un supuesto de prestación única o de pluralidad de prestaciones. Para ello, hemos de tener en cuenta que la prestación es el comportamiento comprometido por el deudor y no las cosas o la cosa a la que va referido ese comportamiento. Así, aunque el cumplimiento de la prestación de dar incluya tanto la entrega de la posesión cuanto la transmisión del derecho sobre los bienes, la prestación será única. Como será única en la compraventa de establecimiento mercantil, aunque tengamos que entregar una pluralidad de bienes de diferente naturaleza y ejecutar otros deberes de información hasta poner al comprador en condiciones de poder explotar el establecimiento. Para que concurra una pluralidad de prestaciones es preciso que el deudor asuma distintos comportamientos, cada uno de ellos con autonomía previa según la forma en la que han sido configurados por los contratantes —v. gr., el vendedor puede comprometerse a entregar una máquina, a llevar a cabo su montaje y a instruir a los operarios del comprador sobre su manejo—. La determinación de si nos encontramos ante una unidad o una pluralidad de prestaciones se hará en función de la configuración que las partes hayan querido dar al comportamiento debido⁵⁴⁴. Además, en el caso de pluralidad de prestaciones no todas tendrán la misma trascendencia en el proyecto de ejecución del negocio acordado por

⁵⁴³ V., entre otras, la SJM 1 Alicante, 25.2.2009, y SJM 5 Madrid, 31.3.2009, en BELTRÁN, E., y SÁNCHEZ PAREDES, M. L., *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, cit., pgs. 585 a 594, en concreto, pgs. 587 y 591.

⁵⁴⁴ Para ello habrá que acudir a los criterios interpretativos tanto generales —arts. 1281 a 1289 CC— como especiales —arts. 57 a 59 CCom, y art. 6 Ley de Condiciones Generales de la Contratación y arts. 80 y 83 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios—. Por tanto, será preciso atender a la voluntad expresa o implícita de las partes, a la naturaleza y función del negocio y a los usos generalmente admitidos en el tráfico, si bien el interés del acreedor parece ser el criterio decisivo. V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pgs. 355 y ss.

las partes. Unas tendrán carácter principal y serán absolutamente necesarias para la satisfacción del interés del acreedor, en cambio, otras no resultarán estrictamente necesarias para que el acreedor se dé por satisfecho sino que básicamente se dirigen a extender o ampliar la utilidad o el rendimiento que la prestación principal debe proporcionarle⁵⁴⁵. Así, en el supuesto de la compraventa de una máquina, junto a la obligación principal de entrega, el vendedor puede comprometerse a una obligación accesoria de asistencia técnica.

En este sentido, conviene diferenciar entre los deberes accesorios de conducta que forman parte de la prestación principal y las prestaciones accesorias. En una compraventa con expedición, dentro de la prestación única de entrega, el vendedor puede asumir otros deberes de conducta como el embalaje de la mercancía y la entrega de la documentación, y en el supuesto de entrega de una máquina compleja puede asumir un deber especial de conducta consistente en el montaje e instrucción sobre su manejo. Estos deberes accesorios de conducta, que se dan tanto en supuestos de unidad como de pluralidad de prestaciones, se distinguen esencialmente de las prestaciones accesorias. Los deberes accesorios de conducta como las prestaciones accesorias se dirigen a ampliar la utilidad que la prestación principal puede proporcionar al acreedor, si bien, frente a las prestaciones accesorias, que, aunque resulten auxiliares, poseen una finalidad independiente y determinan una exigibilidad separada, los deberes accesorios de conducta se encuentran siempre encuadrados dentro de la prestación principal y en conexión con ella y se dirigen a extraerle la máxima utilidad. Así, en nuestro ejemplo, el comprador puede utilizar la máquina sin el servicio de asistencia técnica, pero no podrá hacerlo si no es montada y se le instruye para su manejo.

La Ley Concursal exige para que el contrato se considere cumplido por una parte al momento de la declaración de concurso que exista un cumplimiento íntegro (art. 61.1). De manera que podría pensarse que la falta de ejecución de cualquiera de las prestaciones asumidas por los contratantes impediría considerar un cumplimiento íntegro. Si en el contrato de compraventa de una máquina a plazos, el vendedor entregó la cosa, pero aún debe prestar la asistencia técnica y el comprador no pagó completamente el precio, nos encontraríamos ante un contrato pendiente de cumplimiento por ambos contratantes.

Ahora bien, según la normativa, las obligaciones habrán de encontrarse en una relación de reciprocidad para que se apliquen las normas generales sobre contratos (art. 61 LC), de manera que el cumplimiento íntegro va referido a las obligaciones recíprocas⁵⁴⁶. Sin embargo, esa reciprocidad no se produce entre todos los deberes o prestaciones derivadas del contrato, sino entre las obligaciones principales —v. gr.,

⁵⁴⁵ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pgs. 357.

⁵⁴⁶ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pgs. 1128 y 1129.

entrega de la cosa vendida y pago del precio—⁵⁴⁷, y de existir otros deberes de prestación podrán hallarse o no en situación de interdependencia recíproca. Por consiguiente, podría producirse una situación de reciprocidad entre obligaciones principales o entre obligaciones accesorias, pero no entre una obligación principal y otra de carácter accesorio o secundario. Así, si no se han cumplido las obligaciones principales o si, aunque se hayan cumplido las obligaciones principales antes de la declaración de concurso, quedan pendientes obligaciones accesorias de carácter recíproco, estaremos ante el supuesto del artículo 61.2 de la Ley Concursal. Sin embargo, cuando se ha realizado la prestación principal por uno de los contratantes sin contrapartida, porque la otra parte no cumplió, el contrato estará pendiente de cumplimiento solo por una parte, aunque el contratante cumplidor hubiera asumido, junto a la prestación principal que ya ejecutó, otras prestaciones accesorias aún pendientes⁵⁴⁸. Si el vendedor concursado entregó el inmueble objeto de la compraventa, pero aún no ha pagado los gastos de escritura, adelantados por el comprador, el contrato solo estará pendiente de cumplimiento por el comprador que debe satisfacer el precio en los plazos pactados, y tendrá un crédito concursal por los gastos que pagó⁵⁴⁹.

En cuanto a los deberes accesorios de conducta, parece claro que estos formarían parte de la obligación principal y no podría hablarse de cumplimiento íntegro si no se cumplió también el deber accesorio⁵⁵⁰. Al respecto, las normas generales imponen al

⁵⁴⁷ Así, por ejemplo, la SAP Barcelona (15.^a), 7.10.2010 —*ADCo*, 23, 2011-2, pg. 376— entiende que las obligaciones sinalagmáticas de carácter principal derivadas del contrato de compraventa son la entrega de la cosa y el pago del precio. Cuando el vendedor cumplió íntegramente su obligación de entrega, la regularización del precio de los inmuebles objeto del contrato afecta exclusivamente a la obligación del comprador, aunque la previsión contractual de regularización exija la cooperación del vendedor. Tal actividad tiene carácter instrumental o accesorio y no afecta al sinalagma obligacional característico de la compraventa. En consecuencia, al no concurrir obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes hay que aplicar el artículo 61.1 de la Ley Concursal, de modo que el crédito del contratante no concursado es un crédito concursal y no contra la masa. También, en cuanto al concepto de obligaciones recíprocas y la distinción entre el carácter accesorio o principal de una prestación, v. SAP Pontevedra (1.^a), 13.9.2010, *ADCo*, 23, 2011-2, pg. 374.

No obstante, en la compraventa de viviendas en construcción, el legislador ha impuesto como obligación principal al vendedor la de constituir aval de las cantidades entregadas a cuenta del precio (Ley 57/1968, de 27 de julio, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta). Dicha obligación habría de atenderse por el vendedor en el momento en que se anticipa la parte del precio que se avala.

⁵⁴⁸ V., en este sentido, la SJM Alicante, 19.6.2006 y la SJM 1 Bilbao 19.12.2007, ambas en *Legislación y jurisprudencia concursales*, cit., pgs. 121 y 122. Se trata del supuesto de esta última resolución, relativo a una compraventa a plazos con reserva de dominio, donde se consideró que había cumplimiento total de una parte —vendedor— cuando se ejecutó la obligación principal —entrega de la máquina— antes de la declaración de concurso. De modo que el contrato estaba sujeto al art. 61.1 LC. La existencia de una prestación accesorio —servicio de piezas y mantenimiento— no nos coloca ante un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, cuando no existe reciprocidad entre la obligación principal del comprador —pago de los plazos convenidos— y la prestación accesorio del vendedor —servicio de piezas y mantenimiento—.

⁵⁴⁹ V. MONSERRAT, V. A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., pgs. 71 y ss, en especial, pgs. 73 y 74.

⁵⁵⁰ Así, MONSERRAT, V. A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., en especial pg. 74. Este autor se plantea la situación en que la prestación accesorio «sea

deudor de una prestación de dar la obligación de entregar también los accesorios de la cosa debida (art. 1097 CC) y los frutos producidos por la misma (art. 1095 CC). Por tanto, si se entrega la cosa pero no sus frutos y accesorios no existirá cumplimiento íntegro⁵⁵¹.

1.2. El cumplimiento total y el cumplimiento parcial: los incumplimientos de escasa importancia

No parece razonable entender que toda falta de cumplimiento tiene la misma trascendencia. Cuando concurre un cumplimiento parcial y la parte pendiente de cumplimiento es de escasa importancia no parece lógico considerar que no hubo cumplimiento. Desde la perspectiva concursal, las consecuencias para el deudor que no cumplió son mucho más ventajosas que para el deudor que cumplió, y no tiene sentido someter a un distinto régimen al deudor que cumplió totalmente que al deudor que solo tenía pendiente de cumplimiento una parte muy pequeña o insignificante de su prestación. Si conforme a la regla general, la resolución en cuanto mecanismo de defensa del acreedor solo procede ante incumplimientos graves y relevantes, no tiene sentido otorgar al contratante *in bonis* al que solo resta una prestación mínima, frente al concurso de la otra parte, una tutela que se funda en el carácter recíproco de las obligaciones pendientes⁵⁵².

En este sentido, la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, representativa de los textos más modernos dirigidos a lograr la uniformidad en el ámbito de la contratación, aportando seguridad jurídica y reduciendo los costes de las transacciones, alude al incumplimiento esencial como aquel por el que el vendedor —art. 49.1.a)— o el comprador —art. 64.1.a)— incumplen cualquiera de las obligaciones que les incumben conforme al contrato o a la

necesaria para que la principal produzca plenos efectos y se logre el fin perseguido por el contrato (como sucede cuando junto a la obligación de entrega el vendedor asume la obligación de proporcionar al comprador la información necesaria para el manejo de la máquina vendida o de instruirle sobre el mismo)». No obstante, parece que en tal caso nos encontraríamos ante deberes accesorios de conducta que formarían parte de la obligación principal, ya que resultan necesarios para que la obligación principal sea de utilidad y están objetivamente conectados con aquella. Ahora bien, teniendo en cuenta la trascendencia que para las partes pudiera tener cada deber o prestación, sería posible que determinadas prestaciones objetivamente accesorias, contempladas en abstracto, resulten esenciales para el cumplimiento. De esta manera, la voluntad de las partes podría transformar prestaciones objetivamente accesorias en deberes principales, v. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pgs. 865 y 866.

⁵⁵¹ Se han considerado accesorios todo aquello que sea «parte integrante» de la cosa y las «pertenencias» unidas a la cosa en función de servicio de la misma. Fuera de estos supuestos, se consideran accesorios todas las cosas auxiliares con las que la principal, objeto de entrega, contara ya con anterioridad y, en general, todo aquello que la buena fe o los usos del tráfico impongan como necesario para que la cosa entregada pueda ser útil al acreedor de acuerdo con su destino económico. V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 276. En cuanto a los frutos, el derecho sobre los mismos se adquiere con la exigibilidad de la obligación de entrega, ídem, pg. 275.

⁵⁵² V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1130.

Convención, y precisa que el incumplimiento será esencial «cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable en la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación» —art. 25—⁵⁵³. Así, el comprador solo podrá declarar resuelto el contrato en su totalidad si la entrega parcial o no conforme del vendedor constituye un incumplimiento esencial del contrato —art. 51.2— o, en caso de entregas sucesivas de mercaderías, solo se podrá declarar resuelto el contrato si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega —art. 73.1—.

En el mismo sentido, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU), al regular las acciones de que dispone el consumidor o usuario ante entregas por parte del vendedor de productos que no sean conformes al contrato, establece que la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia —art. 121—⁵⁵⁴.

⁵⁵³ Del incumplimiento esencial se ocupan también, el art. 8:103 de los Principios de Derecho europeo de los contratos, elaborados en el seno de la Comisión Lando («El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato:(a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte»), y el art. 7.3.1 de los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (versión 2010), que faculta a las partes para resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial, para cuya determinación habrá de tenerse en cuenta: que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; que la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; que el incumplimiento fuera intencional o temerario, o dé a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; que la resolución del contrato haga sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

⁵⁵⁴ V., sobre la cuestión de si una falta de conformidad que no revista escasa importancia es igual a la falta de conformidad esencial o al incumplimiento grave del art. 1124 CC, FENOY PICÓN, N., «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: análisis comparativo del art. 1124 CC y del art. 121 del Texto Refundido de consumidores», en el *ADC*, vol. LXII-1, enero, 2009, pgs. 159 a 280. A juicio de la autora, el ámbito de la resolución cuando la falta de conformidad no revista escasa importancia es mayor que el del art. 1124 CC.

También el art. 1455 del *codice civile* italiano dispone que «il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza». Y en el *BGB* alemán —arts. 323 y 324— se distingue la situación en la que el deudor no cumple de la situación en la que infringe deberes accesorios que no afectan a la prestación en sí, supuesto en el que solo sería posible la resolución cuando razonablemente no pueda esperarse que el acreedor acepte la prestación. Asimismo se recoge (art. 323-V) que la resolución del contrato, o de una parte del mismo, no procede si la violación de la prestación es irrelevante. V. EBERS, M., «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el *BGB* tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002», en el *ADC*, vol. LVI-4, octubre, 2003, pgs. 1575 a 1608.

Si la resolución se concibe como un remedio frente a la inexecución o la ejecución defectuosa o tardía de la prestación, de forma que frente al riesgo de pérdida de la contraprestación el Ordenamiento faculta al contratante cumplidor para desligarse del vínculo del que no ha obtenido la ventaja que preveía y así poder acudir al mercado para buscar formas más adecuadas y convenientes de satisfacer sus intereses⁵⁵⁵, parece que solo debería admitirse ante un incumplimiento esencial que prive al acreedor sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre y cuando ese resultado sea previsible para el deudor al tiempo de contratar, o si el acreedor no tiene motivos para confiar en el cumplimiento futuro del deudor, atendiendo a su conducta y actitud.

Cuando el contrato deja de entenderse únicamente como un medio de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, para pasar a considerarse el mecanismo a través del cual los particulares regulan, organizan y satisfacen sus propios intereses, la satisfacción del interés del acreedor aparece como la finalidad de la contratación. Dicho interés habrá de delimitarse en cada caso a partir del fin práctico perseguido con el contrato y que es objeto de protección⁵⁵⁶. Así, en un negocio creador de obligaciones como la compraventa no podemos atender únicamente al posible contenido obligacional que, entendido en sentido amplio, abarcaría tanto las obligaciones principales como las de carácter accesorio, y el comprador podrá verse insatisfecho, no solo cuando el vendedor incumple su deber de prestación, sino también por otras razones que, aunque no estén relacionadas con el incumplimiento de la obligación nacida del negocio, puedan afectar decisivamente a su función. Ahora bien, si hacemos entrar esas otras razones para determinar la trascendencia del incumplimiento, no podremos obviarlas a la hora de precisar el alcance del cumplimiento, y habrá que atender al acto en sí y a su relevancia respecto del interés del acreedor⁵⁵⁷. Cuando objetivamente ese interés se pueda considerar satisfecho habrá

⁵⁵⁵ V. CLEMENTE MEORO, M. E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998, pg. 89.

⁵⁵⁶ DE CASTRO ya definía el negocio jurídico como el «acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base solo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos» —v. *El negocio jurídico*, cit., pg. 34—, y MORALES MORENO pone de manifiesto lo acertado de la definición al atribuir significado «al resultado que las partes se proponen alcanzar» a través de ese negocio, conectando con ese resultado «la función o utilidad que debe prestar al adquirente el objeto que a través del negocio se le transmite», v., «El propósito práctico, y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)», en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, 2006, pgs. 329 y 330.

Esta concepción del negocio no excluye su configuración como un medio generador de efectos jurídicos. Si bien, la consideración del contrato más allá de una mera regla de conducta, parece ajustarse más a la realidad del tráfico mercantil en el que predominan las obligaciones genéricas y con objeto fungible, en las cuales la posibilidad de satisfacción no es única. Así, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías recoge el remedio de la sustitución frente a la prestación no conforme (art. 46.2), o la posibilidad de acudir a la compra de reemplazo (art. 75) o el mecanismo de exoneración que permite al deudor cumplir mediante un sustituto comercialmente razonable (art. 70).

⁵⁵⁷ Desde la perspectiva del incumplimiento, no todo incumplimiento tiene entidad suficiente para permitir el acceso a la resolución. En este sentido en la doctrina y la jurisprudencia se ha acuñado el

cumplimiento y no podrán desplegarse los mecanismos de defensa propios del incumplimiento. Si no proceden tales mecanismos de defensa fuera del procedimiento concursal, parece que tampoco procedería dispensar al contratante *in bonis* una tutela especial dentro del procedimiento.

1.3. El cumplimiento de la obligación de entrega: las distintas modalidades de entrega

Desde el punto de vista subjetivo, en el caso de negocios traslativos como la compraventa, el válido cumplimiento de la obligación de dar requiere que el deudor tenga capacidad de enajenar y la libre disposición de la cosa debida (art. 1160 CC)⁵⁵⁸, si bien en determinadas circunstancias el que adquiere de un no propietario puede alcanzar una posición inatacable (art. 464 CC, 34 LH y 85 CCom). La ejecución de la prestación en que la obligación consiste comprende no solo la voluntad del deudor de querer ejecutar, sino también la voluntad del acreedor de recibir la prestación e imputarla al cumplimiento y, en consecuencia, todo acto de cumplimiento exige la cooperación del acreedor. En el acto de entrega no es suficiente con que el vendedor dé, sino que se precisa que el comprador reciba, aunque, en general, en los negocios traslativos, la tradición o traspaso posesorio funciona como cumplimiento en la intención de las partes.

Sin embargo, en la compraventa, con la tradición, el vendedor no solo cumple con su obligación de entrega, sino que, al mismo tiempo, transmite la propiedad al comprador, sin que pueda encontrarse en la normativa (arts. 1462 y ss CC) una específica obligación del vendedor de transmitir la propiedad⁵⁵⁹. En el ámbito del

concepto de incumplimiento grave o esencial, v. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pgs. 851 y ss.

Ahora bien, si por un lado lo que determina el incumplimiento es su gravedad, por el otro, lo que determina la ausencia de incumplimiento es su escasa importancia: una cantidad de dinero muy pequeña en relación con el precio pactado, un retraso de muy pequeña duración o un defecto o una falta de cualidades mínimas.

⁵⁵⁸ La capacidad para contratar es presupuesto para la validez y eficacia del negocio. Los negocios celebrados por incapaces son negocios anulables, de manera que, en principio, serán negocios eficaces, aunque tengan una eficacia claudicante y sean susceptibles de ineficacia sobrevinida por el ejercicio de la acción de anulabilidad. Además, podrán ser confirmados. V. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., pgs. 497 y ss. Ahora bien, ejercida la acción de nulación, se impone la eficacia retroactiva de la nulidad (arts. 1303 y 1308 CC) y nos encontraremos ante obligaciones recíprocas de restitución, v., *supra*, pgs. 198 y ss.

Por otro lado, en el ámbito concreto de la compraventa, será preciso distinguir los supuestos de falta de capacidad de las prohibiciones legales para comprar —art. 1459 CC—. V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, cit., pgs. 65 a 72.

⁵⁵⁹ Frente a ello, LANGLE Y RUBIO afirmaba que no puede entenderse que el vendedor debe entregar para transmitir la propiedad, sino que entrega porque ha transmitido la propiedad. En la compraventa mercantil, en cuanto contrato tipo del comercio, es esencial la intención de transmitir el dominio, «con el ritmo acelerado de una circulación en marcha por la palabra dada, por la voluntad manifestada», sin que pueda limitarse la obligación del vendedor a entregar mercancías sin por qué. Si se ha admitido la existencia de la posesión, dominio presunto, sin el título, dominio evidente, entendiéndose que la posesión equivale al título, no puede negarse la existencia del título, dominio evidente, sin la posesión, dominio presunto. A juicio del autor, sería preciso desprenderse del lastre romanista y atendiendo a las

Derecho privado se regulan distintas formas de entrega, que no son ajenas al hecho de que la transmisión del dominio deba considerarse efecto del cumplimiento de la obligación de entrega o la causa de ese cumplimiento. Por otra parte, y desde un punto de vista objetivo, la compraventa habrá de tener por objeto una cosa determinada y un precio cierto, en dinero o signo que lo represente (art. 1445 CC). Así, en sentido amplio, podrán ser objeto del contrato de compraventa tanto las cosas corporales como las incorporeales, las genéricas como las específicas, las fungibles como las infungibles, los muebles como los inmuebles y, en general, «todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras» (art. 1271 CC) y será diferente la forma de circulación y transmisión de cada posible objeto del contrato.

En todo caso, la cosa entregada debe ser conforme con el contrato y apta para el uso que hubiera requerido el comprador, y existirá entrega cuando el comprador tenga materialmente la cosa en su poder, esta quede sujeta a la acción de su voluntad o se cumplan las formalidades legales exigidas para adquirir el derecho (art. 438 CC)⁵⁶⁰.

exigencias del comercio, admitir una compraventa con efectos traslativos. V. *El contrato de compraventa mercantil*, Barcelona, 1958, pg. 42 a 49.

Sobre la tesis de la necesidad de transmitir la propiedad, v. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Derecho mercantil de obligaciones. Contratos comerciales*, Santiago de Compostela, 2011, pgs. 846 a 852, también pgs. 1065 y ss.

Por su parte, el art. 30 de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías establece que el vendedor «deberá entregar las mercancías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas». La norma parece configurar la obligación de transmitir la propiedad junto a la obligación de entrega del vendedor. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la Convención excluye expresamente de su ámbito de aplicación «los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercancías vendidas» (art. 4-b), cuya determinación corresponderá al Derecho interno, y, al mismo tiempo, sus normas tienen un alcance dispositivo (art. 6), de tal modo que a través del principio de autonomía de la voluntad, las partes podrán excluir el efecto traslativo del dominio. V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, cit., pg. 59.

En este sentido, a falta de pacto, si se atiende a la voluntad de las partes en el momento de la contratación, cuando el comprador contemple la adquisición del dominio, el vendedor vendrá obligado a transmitirlo y no podrá ignorar su obligación sin faltar a la buena fe.

⁵⁶⁰ En este sentido, de los arts. 1462, 1463, 1464 del Código Civil se extrae la convivencia de formas de entrega material o real, espiritualizadas e instrumentales y convencionales o consensuales, v. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Derecho mercantil de obligaciones. Contratos comerciales*, cit., pgs. 1069 y ss. Tratándose de bienes muebles —mercancías—, la *traditio* real será la forma de entrega más frecuente (art. 1462). Si bien, también se pueden entregar las mercancías mediante una *traditio* simbólica, entregando las llaves del almacén donde se encuentran depositadas o mediante un acuerdo traslativo dirigido a modificar el título de posesión de las mercancías sin variar la situación fáctica de las mismas (art. 1463).

En el caso de los inmuebles, es frecuente que se acuerde el otorgamiento de escritura pública (art. 1462-II), si bien la equivalencia entre el otorgamiento de la escritura y la entrega no conlleva necesariamente el cumplimiento de la obligación de entrega por parte del vendedor, ya que subsiste la obligación de proporcionar la posesión. Así, el otorgamiento de la escritura pública permite el cumplimiento del vendedor cuando este tenía la posesión mediata o inmediata del bien, y siempre que de la propia escritura no pueda deducirse lo contrario. En cambio, si el vendedor carece de la posesión, el otorgamiento de la escritura no le permitirá cumplir con su obligación de entrega. V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pgs. 1131 y 1132. La autora asimila esta situación a la entrega mediante acuerdo o conformidad de los contratantes, pues no puede hablarse de cumplimiento por parte del vendedor que no es poseedor y que no habría podido ceder la posesión al comprador de ningún modo, v., ídem, pg. 1133.

Habitualmente, en el tráfico la forma de cumplimiento de la obligación de entrega variará según que las partes se encuentren o no presentes. En ocasiones el lugar de constitución de la obligación y el lugar de ejecución de la prestación coinciden y la entrega conlleva el acto único de poner al comprador en poder y posesión de la cosa objeto del contrato. Pero, con frecuencia, vendedor y comprador se encuentran en lugares distintos y distantes, y el cumplimiento de la obligación de entrega conlleva especialidades en función de lo pactado por los contratantes. Dicho acuerdo puede contemplar que el vendedor cumpla mediante la *puesta a disposición*, mediante la entrega al porteador o transportista o mediante la entrega en el lugar de destino y asumiría con la obligación de entrega una obligación de traslado o transporte⁵⁶¹.

1.3.1. La obligación de poner a disposición

El Código de Comercio en diversos preceptos equipara la entrega a la realización por parte del vendedor de cuantas actividades sean necesarias para poner la cosa vendida a disposición del comprador⁵⁶². Se anudan así a la puesta a disposición los efectos característicos de la entrega, desde la transmisión del dominio (art. 609 CC) a la transmisión de los riesgos (art. 331 CCom)⁵⁶³. Aunque el vendedor tenga en su poder

En este sentido, DIEZ-PICAZO considera que determinadas formas de traditio no permiten una perfecta ejecución del contrato porque, aunque el comprador aparezca investido de la propiedad —por el otorgamiento de la escritura—, no puede decirse que la cosa es suya si carece de la posesión. Si bien, al mismo tiempo, aunque tenga la posesión, y esta cumpla las funciones de entrega y de modo de adquisición de la propiedad, el comprador precisará para el pleno disfrute de su derecho el cumplimiento de una formalidad adicional, v. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, cit., pgs. 91 y 92.

⁵⁶¹ DÍEZ-PICAZO aborda estas distintas formas de cumplimiento de la obligación de entrega al ocuparse de las obligaciones «querables» y de las obligaciones «portables», v. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 340.

⁵⁶² Sin que pueda considerarse que estamos ante conceptos idénticos. Como ya se ha afirmado, la entrega conlleva un acto bilateral, en tanto que la puesta a disposición se agota cuando el vendedor realiza los actos necesarios para proporcionar al comprador la cosa comprada. En este sentido, si el *constitutum possessorium* constituye una forma de entrega y si la puesta a disposición es una manifestación de esta forma de entrega, el vendedor cumple cuando pone a disposición como cumple cuando entrega. V., en contra, GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Derecho mercantil de obligaciones. Contratos comerciales*, cit., pgs. 1079 y 1080.

⁵⁶³ BROSETA, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, cit., pg. 71.

Conforme a la normativa, de no haberse estipulado plazo para la entrega de las mercaderías, el vendedor deberá tenerlas a disposición del comprador dentro de las 24 horas siguientes al contrato —art. 337 CCom— y se anudarán a la puesta a disposición los efectos de la entrega. Por tanto, realizada la puesta a disposición y dado el comprador por satisfecho empezará su obligación de pagar el precio, de tal modo que, desde ese momento, el vendedor queda obligado a su custodia y conservación en condición de depositario —art. 339 CCom—. Al mismo tiempo, desde la puesta a disposición serán de cuenta del comprador los daños y menoscabos que sobrevinieren a las mercaderías, salvo que concurriera dolo o negligencia grave del vendedor —art. 333 CCom—; asimismo los gastos que origine el cumplimiento de la obligación de entrega corresponderán al vendedor hasta la puesta a disposición, salvo que se acuerde lo contrario, de modo que, los gastos de recibo y extracción fuera del «lugar de la entrega» serán de cuenta del comprador —art. 338 CCom—.

Por otro lado, como las compraventas mercantiles suelen ser compraventas de cosas genéricas, la especificación será un requisito necesario para que pueda tener lugar la puesta a disposición, ya que los géneros vendidos habrán de ponerse a disposición del comprador una vez pesados o medidos. La especificación constituye condición necesaria para la puesta a disposición (art. 338 CCom), para la

material las mercancías, su título posesorio habrá variado con la puesta a disposición, de propietario ha pasado a depositario. Un poseedor por cuenta ajena obligado a la custodia y conservación según las normas del depósito (art. 339 CCom). Se ha producido una mutación del título posesorio sin mudar la situación posesoria, una de las formas más clásicas de *traditio*, el *constitutum possessorium*, que permite distinguir entre una posesión inmediata, que corresponde al vendedor-depositario, y una posesión mediata, que corresponde al comprador-propietario⁵⁶⁴. En consecuencia, desde la puesta a disposición en las condiciones pactadas, el vendedor habrá cumplido con su obligación de entrega y declarado el concurso del comprador, solo quedará pendiente la obligación de este de pagar el precio. El vendedor *in bonis* no podrá ejercer la excepción de incumplimiento contractual, aunque siga teniendo el bien en su poder, ni oponerse a que el concursado o la administración concursal retiren el bien⁵⁶⁵.

1.3.2. La obligación de expedir

Como ocurre con la puesta a disposición —o con el pacto traslativo que modifica la forma de posesión de las mercancías sin que varíe su situación fáctica—, el acuerdo de las partes puede establecer un régimen especial para la entrega en las compraventas con expedición. En este sentido, del mismo modo que los contratantes pueden acordar la obligación de poner a disposición, también pueden acordar la obligación de expedir⁵⁶⁶. Ahora bien, esta obligación puede revestir distintas modalidades. En principio, puede que la obligación de transporte se realice a portes pagados y que el vendedor corra con los riesgos del transporte, sin que se considere cumplida su obligación de entrega hasta que las mercancías se encuentren en el lugar de destino en poder o a disposición del comprador; o bien es posible que el transporte se realice a portes debidos, viajando las mercancías por cuenta y riesgo del comprador, de manera que el vendedor cumpla con su obligación de entrega cuando entrega el bien al porteador⁵⁶⁷.

entrega y, en general para el cumplimiento de la obligación, v., DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 329 y ss.

⁵⁶⁴ Una situación semejante se producirá en relación al art. 31, b) y c) de la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías. En ambos casos se prevé la puesta a disposición de las mercaderías por el vendedor en un lugar determinado o en el lugar de su establecimiento, cuando no venga obligado a entregar las mercancías en otro lugar determinado.

⁵⁶⁵ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pgs. 1133 y 1134.

⁵⁶⁶ V. LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, cit., pg.70.

⁵⁶⁷ V. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Derecho mercantil de obligaciones. Contratos comerciales*, cit., pgs. 1095 a 1097.

El art. 31 a) de la Convención de Viena sobre el contrato de compraventa internacional de mercaderías, establece que si el vendedor no estuviese obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá, «cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador». De modo que, si el vendedor entregó las mercancías al porteador, transmitió la propiedad y entregó cualesquiera

Sin embargo, es igualmente posible que el contrato incorpore determinadas cláusulas usuales, acuñadas por la práctica y que han llegado a tipificarse en el tráfico internacional, como son los INCOTERMS, los cuales establecen un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de términos comerciales relativos a los contratos de compraventa que limitan los derechos y obligaciones de las partes en relación con la entrega de las mercancías⁵⁶⁸.

Por otro lado, la estipulación de un contrato de transporte y las diversas incidencias que pueden surgir con ocasión de su ejecución generan la emisión de unos documentos representativos de las mercancías por medio de los cuales se produce la tradición simbólica o documental de las mismas (v. gr., conocimiento de embarque o carta de porte)⁵⁶⁹. En cuanto títulos valores de tradición, con estos documentos se considera transmitida la posesión mediata de las mercancías. Por tanto, aunque el vendedor hubiera puesto las mercancías en poder del porteador, no habrá llevado a cabo su obligación de entrega cuando conserve el título de tradición y pueda ejercitar el derecho de disposición sobre las mercancías (arts. 29 LCTT y 720 CCom), deteniendo el transporte, disponiendo que las mercancías vuelvan al lugar de origen o que se entreguen en un lugar distinto o a un destinatario diferente de los indicados en la carta de porte⁵⁷⁰.

documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la Convención (art. 30), el vendedor habrá cumplido y el contrato se verá sujeto al 61.1 de la Ley Concursal que se ocupa de los contratos cuando al momento de la declaración de concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo. V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pgs. 1135.

⁵⁶⁸ V. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Derecho mercantil de obligaciones. Contratos comerciales*, cit., pgs. 1235 y ss.

Estos Términos del Comercio Internacional constituyen un estándar de reglas internacionalmente reconocidas y ampliamente utilizadas en las transacciones comerciales para las compraventas de mercaderías. Al ser usos y reglas y no leyes, una versión nueva no deroga las anteriores. En la última versión, correspondiente a los INCOTERMS 2010, encontramos, por ejemplo, el término DAT (entregado en terminal), a cuyo efecto la entrega se realiza después de haber sido descargada la mercancía del medio de transporte utilizado; o el término DAP (entregado en un lugar), por el que se realiza la entrega cuando la mercancía se pone a disposición del comprador sobre el transporte y lista para ser descargada. Algunos términos aplicables a los transportes marítimos son ampliamente conocidos, como los CIF (coste, seguro y flete) y los FOB (libre a bordo del buque). V. ICC. CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, *INCOTERMS 2010*, Barcelona, 2010.

⁵⁶⁹ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pgs. 1135.

⁵⁷⁰ En la Convención de Viena sobre compraventa internacional se prevé que el vendedor, que ya hubiese expedido las mercancías pueda oponerse a que se pongan en poder del comprador, aun cuando este sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas, si ejerce su derecho antes de que resulten evidentes los motivos por los que es manifiesto que el comprador no cumplirá (grave menoscabo de su capacidad para cumplir o de su solvencia o atendiendo a su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato, art. 71.2). Esta medida solo concierne a los derechos respectivos del comprador y el vendedor, de modo que, si no afecta a los terceros, tampoco tendrá eficacia ante los acreedores del concursado. Por ello se ha hablado de una eficacia limitada del derecho de disposición a las relaciones *inter partes*, cuando resulte manifiesto que el comprador no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones. V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1135.

1.4. La obligación de saneamiento

El legislador contempla dos formas de saneamiento: el saneamiento por evicción y el saneamiento por vicios. El primero concurre cuando se priva al comprador total o parcialmente del bien adquirido como consecuencia del vencimiento en juicio y en virtud de un derecho anterior a la venta. El segundo, cuando existen en la cosa vicios o defectos ocultos y, por tanto, desconocidos por el comprador, que hacen la cosa impropia para el uso al que se destina o disminuyen de forma importante ese uso (arts. 1461 y 1474 en relación con los arts. 1475 y 1484 CC, y art. 345 CCom)

Desde el punto de vista concursal, es importante determinar si nos encontramos ante obligaciones autónomas de garantía de carácter secundario⁵⁷¹ o si forman parte del régimen de responsabilidad por incumplimiento de la obligación de entrega⁵⁷², ya que

No obstante, admitida la legitimación para el ejercicio del derecho de disposición a favor del vendedor que era parte en el contrato de transporte y la eficacia traslativa de los documentos —*traditio ficta*— para el ejercicio del derecho de disposición, parece necesario que el vendedor-cargador esté en posesión del documento del transporte para ejercer el derecho de contraorden, de modo que resulta confuso hablar de «eficacia limitada del derecho de disposición», cuando el vendedor habría perdido esa facultad de disposición con la transmisión del documento al comprador. A nuestro juicio, la norma permite que el vendedor impida que la mercancía sea entregada al comprador aun cuando este tuviera en su poder el documento de tradición, es decir, está paralizando la eficacia traslativa del documento en atención a una serie de circunstancias —v. gr., falta de solvencia— que permiten entender que el comprador no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que la figura recuerda mucho al *right of stoppage in transitu* del Derecho inglés, v. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, cit., pgs. 91 a 94. El vendedor puede oponerse a que las mercancías lleguen a poder del comprador, aun cuando el comprador ya tuviera en su poder el documento representativo. De esta manera, en los derechos respectivos entre comprador y vendedor, este recuperaría su facultad de no cumplir hasta que la otra parte cumpla o se muestre dispuesta a hacerlo —*exceptio inadimpleti contractus*—. Con ello recobra la posibilidad de diferir válidamente el cumplimiento de su obligación, facultad que la norma atribuye a ambos contratantes ante cualquier circunstancia que suponga un grave menoscabo de la capacidad de cumplir de la otra parte, y que dejará de tener efecto si la contraparte «da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones». En definitiva, se trata de permitir que en las compraventas con expedición, el vendedor no se vea privado de sus garantías frente al incumplimiento cuando no solo entregó la posesión inmediata al porteador, sino que además carecía de la posesión mediata por la entrega del documento representativo al comprador. Ahora bien, este derecho de oposición podrá ejercerse cuando el transporte se hubiera iniciado, pero «antes de que resulten evidentes los motivos» que ponen de manifiesto el peligro de que la otra parte no cumpla, es decir, no será ejercitable en caso de insolvencia manifiesta o declaración judicial de insolvencia, y tampoco podrá hacerse valer frente a un tercer adquirente del comprador ni tendrá eficacia frente a los acreedores del comprador.

⁵⁷¹ V. RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, cit., pgs. 478 y ss. Desde esta perspectiva la obligación de saneamiento se dirige a asegurar el riesgo de la eventual verificación de un evento dañoso.

Con respecto a la compraventa mercantil, v. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Derecho mercantil de obligaciones. Contratos comerciales*, cit., pgs. 1099 y 1109. De garantía habla también, LANGLE Y RUBIO en *El contrato de compraventa mercantil*, cit., pgs. 76 y ss.

⁵⁷² V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, cit., pg. 120. Para este autor, la configuración del saneamiento como un régimen típico de responsabilidad contractual, permite entender que el fundamento de esta responsabilidad no está en la culpa del vendedor, que puede no existir, sino en la objetiva insatisfacción que el derecho y el interés contractual del comprador experimentan. La posible mala fe del vendedor se tiene únicamente en cuenta para agravar su responsabilidad e imponerle, más allá de los deberes restitutorios tasados, el de resarcir otros daños y perjuicios.

cuando el comprador no hubiera pagado el precio, en el primer supuesto el contrato estaría pendiente de cumplimiento solo por una parte (art. 61.1 LC), mientras que en el segundo supuesto estaría pendiente de cumplimiento por ambas partes (art. 61.2 LC)⁵⁷³. Si la ejecución de la obligación de entrega por el vendedor exige proporcionar al comprador la posesión legal, pacífica y útil de la cosa vendida, cuando el comprador se vea privado, total o parcialmente de la cosa, o esta presente un vicio que la haga inapropiada para el uso a que se debía destinar, el vendedor no habrá cumplido con su obligación de entrega. Si no se ha cumplido la obligación de entrega y el comprador tampoco ha pagado el precio, el contrato estará pendiente de cumplimiento por ambas partes, las prestaciones a cargo del contratante no concursado deberán satisfacerse como créditos contra la masa y el contrato podrá resolverse en interés del concurso, por el concursado intervenido o la administración concursal, y por el incumplimiento de cualquiera de las partes. Llama la atención el hecho de que esta solución favorece al vendedor que entregó con vicios y defectos frente al vendedor que entregó sin vicios ocultos.

Además, la inserción del sistema de responsabilidad por vicios dentro del esquema general de la responsabilidad contractual no solo se enfrenta con el problema de la concurrencia de distintas acciones o remedios, sino que exige adoptar una visión objetiva de la responsabilidad, ya que si tradicionalmente la responsabilidad contractual se funda en el incumplimiento de deberes contractuales y tiende a construirse bajo el presupuesto de la culpabilidad, parece difícil integrar en un concepto unitario de incumplimiento todas las manifestaciones del cumplimiento defectuoso, cuando además concurren distintos remedios para el incumplimiento y para el saneamiento.

El saneamiento por evicción implica una responsabilidad objetiva, fundada en una obligación de resultado, mantener al comprador en la posesión pacífica de la cosa. Si bien, el comprador que descubre que la cosa pertenece a un tercero debe esperar a que la evicción se produzca (art. 1480 CC). La responsabilidad solo arranca de la existencia de terceros que ejerciten un derecho y obtengan una sentencia firme⁵⁷⁴. Producida la evicción, el comprador podrá reclamar la restitución del precio, el pago de los gastos procesales, los gastos del contrato y los frutos o rendimientos de la cosa, si el comprador hubiera debido entregarlos al tercero que le venció en el juicio. Si, además, el vendedor hubiera obrado con mala fe, a lo anterior habría que añadir la indemnización por los daños y perjuicios (art. 1478). Caso de que la evicción fuera parcial —v. gr., compraventa de empresa o establecimiento mercantil—, el comprador

⁵⁷³ V. MONSERRAT, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., pgs. 74 y 75.

⁵⁷⁴ La normativa exige, para que el vendedor quede obligado al saneamiento, que resulte probado que se le notificó la demanda de evicción a instancia del comprador (art. 1481 CC), el cual deberá solicitar, dentro del término que la Ley de Enjuiciamiento Civil señala para contestar a la demanda, que esta se notifique al vendedor en el plazo más breve posible (art. 1482 CC). Ello conlleva un procedimiento judicial complicado y lento, en el que habrá que esperar que recaiga sentencia firme tras realizar las oportunas notificaciones para alcanzar los remedios previstos en la normativa (arts. 1478 y 1479).

podrá rescindir el contrato, cuando la parte afectada por la evicción fuera de tal importancia con relación al todo que sin ella no la hubiera comprado. La rescisión dará lugar a la restitución de cosa y precio, y el comprador deberá devolver la cosa sin más gravámenes que los que tuviese al adquirirla (art. 1479 CC)⁵⁷⁵. Si por la evicción no se puede considerar cumplida la obligación de entrega, ante el concurso de cualquiera de las partes, el contrato estará pendiente de cumplimiento por el vendedor, el comprador concursado, en caso de intervención, o la administración concursal, en caso de suspensión, podrán reclamar para la masa activa aquellos conceptos, y cuando la evicción fuera parcial, podrá rescindir el contrato, liberarse así del precio y restituir la cosa con cargo a la masa sin mas gravámenes que los que tuviese al adquirirla. En caso de concurso del vendedor, el comprador *in bonis* podrá ejercer las correspondientes reclamaciones que habrán de satisfacerse como créditos contra la masa, y si la evicción fuera parcial, ejercida la rescisión del contrato, quedará libre del precio y deberá restituir al concurso la cosa sin mas gravámenes que los que tuviese al adquirirla. Frente a ello, el contrato solo estará pendiente de cumplimiento por el vendedor que hubiera entregado la cosa afectada de evicción cuando el comprador hubiera satisfecho el precio. En tal caso, los créditos que pudieran derivarse a favor del contratante *in bonis* serán créditos concursales. Así, en caso de concurso del comprador, el crédito por la restitución del bien, y en caso de concurso del vendedor, los créditos derivados de las correspondientes reclamaciones y el crédito por el precio, si concurriera evicción parcial.

Ahora bien, frente a la diversidad de remedios para el incumplimiento y el saneamiento previstos por el Ordenamiento, el artículo 41 de la Convención de Viena sobre el contrato de compraventa internacional de mercaderías, resuelve el problema al disponer que «el vendedor deberá entregar las mercancías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero». Por tanto, el incumplimiento de esta obligación provoca la aplicación del régimen general de responsabilidad por incumplimiento, con lo que desaparece el saneamiento por evicción como régimen de responsabilidad específico⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ En el ámbito de las compraventas mercantiles, la protección que otorga el art. 85 C. de C. al adquirente a non domino —mayor incluso de la que otorga el 464 CC, que cuenta con el límite de la privación ilegítima— hace que en un amplio abanico de compraventas, las celebradas en almacenes o tiendas abiertas al público, la evicción no entre en funcionamiento. También quedarán fuera del alcance de la evicción las ventas de bienes muebles en pública subasta en base al art. 61.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista o los títulos al portador por el art. 545 CCom, ya que en tales casos la reivindicación no será posible o solo será posible cuando no concurren las circunstancias exigidas para la protección del tercero.

⁵⁷⁶ V. MORALES MORENO, A. M., «Autonomía de la voluntad y responsabilidad en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías», en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, 2006, pgs. 211 y 212. También, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Aspectos de la responsabilidad del vendedor por defectos jurídicos», en *Estudios Alonso Pérez*, vol. II, Madrid, 2006, pgs. 401 y ss.

El modelo del artículo 41 de la Convención de Viena ha sido acogido por el Anteproyecto de Ley para la modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa de 2005. V. Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, cit., pg. 130.

También con relación a la obligación de saneamiento por vicios se parte del dato de que la responsabilidad se establece al margen de la culpa, de modo que resulta difícil de subsumir en los esquemas tradicionales de la responsabilidad contractual. De ahí que se haya concebido como una garantía. Si la obligación del vendedor es entregar cosas determinadas en el estado en el que se encuentran al momento de la perfección del contrato (arts. 1445 y 1468 CC), no parece que el vendedor tenga la obligación de procurar que la cosa tenga las cualidades que le correspondan, sino de garantizar la ausencia de defectos, garantía que el vendedor presta a través de otros remedios distintos a los previstos para el incumplimiento⁵⁷⁷. Sin embargo, frente a esta concepción de la obligación de saneamiento como garantía accesoria del vendedor, se ha apuntado que si el vendedor ha de proporcionar una posesión útil de la cosa vendida, la existencia del defecto determina objetivamente un incumplimiento⁵⁷⁸. La divergencia de opiniones se revela a la hora de determinar la naturaleza de los efectos del saneamiento, en concreto, de la facultad de desistir del contrato⁵⁷⁹, ya que para algunos se trataría de un supuesto de rescisión⁵⁸⁰ y, para otros, en cambio, de un supuesto de resolución⁵⁸¹. Aunque, en todo caso, las consecuencias de la acción redhibitoria consistirán en la devolución de la cosa y la del precio.

En normas más modernas, como la Convención de Viena sobre el contrato de compraventa internacional de mercaderías, la responsabilidad del vendedor no se funda en los vicios sino en la falta de conformidad⁵⁸². Las mercaderías no son conformes si no son aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo o no lo son para un uso especial que expresa o tácitamente se hizo saber al vendedor en el

⁵⁷⁷ V. MORALES MORENO, A. M., «El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor», en *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., pg. 197.

⁵⁷⁸ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, cit., pg. 137.

⁵⁷⁹ El art. 1486 CC otorga al comprador la facultad de optar entre el desistimiento del contrato —acción redhibitoria— o rebajar una cantidad proporcional del precio —acción *quantum minoris*—. En el primer caso, podrá reclamar además los gastos que hubiera pagado; en el segundo, el vendedor devolverá aquello en lo que se hubiera enriquecido, con la desaparición del correspondiente perjuicio para el comprador, v. BERCOVITZ, R., «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, 4, vol. XXII, 1969, pg. 789.

⁵⁸⁰ V. MORALES MORENO, A. M., arts. 1484 y 1486, en el *Comentario del Código Civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pgs. 954 y ss. También, LLÁCER MATAACÁS, M. R., *El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992, pg.121; y, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Pamplona, 2004, pg. 247.

⁵⁸¹ DIEZ-PICAZO considera que los supuestos de fraude y de lesión que caracterizan las acciones rescisorias aquí no se dan. No hay ningún vicio del contrato, sino un objetivo incumplimiento por el vendedor de su obligación de proporcionar al comprador una posesión útil.

⁵⁸² En el mismo sentido, el Anteproyecto de Ley para la modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa de 2005 establece la obligación del vendedor de entregar la cosa que resulte conforme con el contrato, v. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, cit., pgs. 145 a 152.

momento de la celebración del contrato; tampoco si las mercaderías no poseen las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor hubiere presentado al comprador o cuando no estuvieran envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existiendo una forma habitual, cuando no estén envasadas o embaladas en la forma adecuada para conservarlas o protegerlas. La noción de conformidad comprende todas las exigencias de calidad y cantidad que pueden ser requeridas en la cosa vendida (art. 35 Convención). En consecuencia, si el vendedor responde de *toda falta de conformidad* existente en el momento en que el comprador se haga cargo de las mercaderías, «aun cuando esa falta solo sea manifiesta después de ese momento» (arts. 36 y 69 Convención), la falta de conformidad acarrea el incumplimiento del vendedor. Quedarían así integrados en un concepto unitario de incumplimiento todas las manifestaciones del cumplimiento defectuoso y se unificaría el sistema de remedios⁵⁸³. No obstante, la Convención de Viena no ofrece una definición de incumplimiento, aunque, como hemos visto, delimita el incumplimiento esencial que permitirá a los contratantes resolver el contrato⁵⁸⁴.

En el Derecho español, partiendo de una visión objetiva del incumplimiento, se ha apuntado que para la valoración del cumplimiento habrá de realizarse un juicio de comparación entre la cosa entregada y la pactada desde la óptica del interés del acreedor, de modo que dicho interés solo será satisfecho cuando la cosa sea de utilidad, y la entrega de cosa con defecto podría dar lugar a una situación de incumplimiento, por

⁵⁸³ Para el Derecho español, MORALES MORENO se muestra partidario de suprimir el saneamiento por vicios ocultos y sustituirlo por la falta de conformidad, figura que se asienta en el incumplimiento y que conlleva un modo diferente de entender la obligación del vendedor, v. *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002, pgs. 349 y 350.

Con ello no solo se evitarían los tradicionales debates en torno al concepto de vicio o defecto, especialmente en el ámbito mercantil, donde se distingue entre vicios aparentes —art. 336 CCom— y vicios ocultos —art. 342 CCom—, sino que se lograría una mayor protección para los compradores, como se pone de manifiesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al regular las garantías y servicios posventa, donde se señala que «el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto» (art. 114). Esta responsabilidad se concreta en la posibilidad de que el consumidor y usuario pueda pedir la reparación del producto, su sustitución, la rebaja del precio o la resolución del contrato (art. 118). V. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Derecho mercantil de obligaciones. Contratos comerciales*, cit., pgs. 1112 y ss

⁵⁸⁴ Encontramos una definición de incumplimiento en los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (versión 2010), donde se ofrece un concepto simplificado y aglutinador de las distintas modalidades de incumplimiento —art. 7.1.1— («el incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío»). V. FENOY PICÓN, N., *El sistema de protección del comprador*, Madrid, 2006, pgs. 183 a 187.

También en el ámbito de la Unión Europea, en los Principios de Derecho europeo de los contratos, según el art. 1:301 (4), «el término «incumplimiento» denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como a la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos». Se trataría de un concepto unificador que equipara jurídicamente las distintas manifestaciones del incumplimiento, comprendiendo cualquier desviación del cumplimiento, desde la total inactividad del deudor a cualquier falta de conformidad. V. DíEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A. M., *Los principios del derecho europeo de los contratos*, Madrid, 2002, pg. 317. También, MORALES MORENO, A. M., «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», en *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., pgs. 29 y ss.

lo que resultarían compatibles las acciones edilicias con las acciones generales de incumplimiento⁵⁸⁵.

1.4.1. El contrato defectuosamente cumplido y el concurso de acreedores

Cuando se entienda que concurriendo vicios o defectos ocultos no existe cumplimiento de la obligación de entrega por parte del vendedor, si el comprador tampoco hubiera pagado el precio, el contrato estará pendiente de cumplimiento por ambas partes en el momento de declararse el concurso⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ Conclusión que se alcanza en la jurisprudencia ante la insuficiente protección que dispensan al comprador las acciones por vicios, sujetas a un plazo de caducidad de seis meses, «contados desde la entrega de la cosa vendida». V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, cit., pgs. 146.

En las compraventas mercantiles la doctrina ha recalcado la diferencia entre la *denuncia* del vicio y el *ejercicio de la acción* correspondiente. En caso de vicios externos o aparentes (art. 336 CCom) si el comprador al recibir las mercancías las examina a su contento, carecerá de acción para repetir contra el vendedor. Por tanto, si en el mismo acto de la recepción no denuncia la existencia del vicio o defecto de cantidad o calidad, no podrá ejercer acción alguna por tales vicios (336-I CCom). Ahora bien, si las mercancías se le entregaron enfardadas o embaladas deberá denunciar la existencia del defecto de cantidad o calidad en los cuatro días siguientes (art. 336-II CCom), y si el vicio fuera oculto o interno dispondrá de un plazo de caducidad de 30 días (art. 342 CCom). La denuncia del vicio o defecto es condición necesaria para el ejercicio de las correspondientes acciones. No obstante, las deficiencias de la regulación plantean entonces el problema de las acciones ejercitables, ya que el art. 336 alude a la opción entre la rescisión del contrato o su cumplimiento con arreglo a lo convenido, pero siempre con la indemnización de los perjuicios que se hubieren causado por los defectos o faltas. En tanto que el 342 no establece acciones concretas, por lo que se han considerado ejercitables las acciones edilicias del 1486 CC, precepto en el que solo se concede la reclamación de los daños y perjuicios al comprador cuando optare por la rescisión y probare que el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos. Por otro lado, en cuanto al plazo para el ejercicio de dichas acciones, puesto que para las previstas en el art. 336 no se establece un plazo específico (art. 943 CCom), habrá que acudir al plazo general de 15 años fijado en el Código Civil para las acciones personales (art. 1964 CC), mientras que para las ejercitables en caso de vicios ocultos se aplicará el plazo de caducidad de seis meses previsto para las acciones edilicias (art. 1490 CC). Las evidentes deficiencias del sistema expuesto se manifiestan en la ausencia de unanimidad entre los autores con respecto a las soluciones apuntadas. V. BROSETA, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, cit., pgs. 73 a 76.

⁵⁸⁶ En cambio, si se entendiera que estamos ante una obligación de garantía de carácter accesorio, el cumplimiento se habría producido con la entrega del bien, contrapartida recíproca del precio, y el contrato solo estaría pendiente de cumplimiento por el comprador que no pagó el precio (art. 61.1). En caso de concurso del comprador, la administración concursal o el concursado intervenido podrán optar entre desistir del contrato y reclamar los gastos más la indemnización por daños y perjuicios si prueban que el vendedor conocía los vicios, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos. En el primer supuesto, el concurso se vería libre del pago y tendrá un crédito frente al vendedor *in bonis* por los gastos que pagó y la indemnización de daños y perjuicios. En cuanto a la restitución del bien al vendedor, parece que no podría admitirse una eficacia restitutoria de la rescisión, ya que en el supuesto de contratos pendientes solo por una parte, la deuda que corresponda al concursado se incluirá en la masa pasiva del concurso. Sin embargo, no podemos dejar de preguntarnos, ¿para qué quiere la masa un bien defectuoso que no le es útil y que además puede generar gastos de almacenaje o de mantenimiento?

En caso de concurso del vendedor, el comprador *in bonis* tendrá idéntico derecho de opción entre la rescisión del contrato o la rebaja del precio. Ejercida la rescisión, restituirá el bien al concurso y tendrá un crédito concursal por los gastos que pagó o los posibles daños y perjuicios. Cuando optara por la rebaja del precio, solo vendrá obligado a entregar el precio resultante de la reducción.

De forma semejante, también estarían sujetas al artículo 61.1 aquellas situaciones en las que el contrato se considerara pendiente por el vendedor que realizó una entrega defectuosa cuando el comprador hubiera pagado el precio con anterioridad al concurso.

En el concurso del comprador, el concursado, en caso de intervención, o la administración concursal, en caso de suspensión, podrán ejercer los medios de protección frente al cumplimiento defectuoso, la excepción de contrato no cumplido regularmente —*exceptio non rite adimpleti contractus*—, ante la pretensión de pago de vendedor, y las acciones edilicias por vicios. Por tanto, podrán desistir del contrato, quedar libres del precio y reclamar los gastos que pagó el concursado. Además, si prueban que el vendedor conocía los vicios ocultos de la cosa vendida y no los manifestó, podrán reclamar la indemnización de los daños y perjuicios. Tanto el crédito por los gastos como el posible crédito por la indemnización integrarán la masa activa del procedimiento. En cuanto a la restitución del bien al contratante *in bonis*, parece que habrá una restitución *in natura*, ya que «las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa» (art. 61.2 LC). Si se optara por la reducción proporcional del precio, deberá satisfacerse con cargo a la masa el precio resultante de la reducción.

Cuando el concursado fuera el vendedor, que llevó a cabo una prestación defectuosa antes de la declaración de concurso, el comprador *in bonis* que no hubiera pagado el precio podrá optar frente al concurso por la rescisión del contrato o por la reducción del precio. Si opta por la rescisión quedará libre del precio y deberá devolver el bien y reclamar con cargo a la masa los gastos que pagó, más la indemnización de daños y perjuicios, si prueba que el vendedor conocía el vicio⁵⁸⁷. Si se decide por la reducción proporcional del precio, cumplirá abonando el precio resultante de la reducción.

Ahora bien, partimos de un supuesto de contrato pendiente de cumplimiento por ambas partes porque el vendedor entregó con vicios y el comprador aún no pagó el precio, de modo que las obligaciones a que puede quedar sometido el contratante que ha realizado la prestación defectuosa son recíprocas de las obligaciones de la otra parte que aún no ha pagado el precio, ya que son una prolongación de su obligación de cumplir

En caso de concurso del comprador, las acciones edilicias formarán parte de la masa activa, y la administración concursal o el concursado intervenido podrán rescindir el contrato o reducir el precio. Si se ejerce la rescisión, el comprador podrá reclamar el precio más los gastos que pagó y la indemnización por daños si prueba que el vendedor conocía los vicios. La restitución del bien al vendedor generará un crédito concursal, salvo que se reconozca a la rescisión eficacia retroactiva real. Asimismo, en caso de concurso del vendedor, cuando el comprador opte por la rescisión del contrato, deberán restituirse prestaciones. En tal situación, MARTINEZ FLÓREZ, considera que las obligaciones recíprocas de «restitución podrían quedar sometidas al mismo régimen que las obligaciones recíprocas derivadas de un contrato pendiente de ejecución al tiempo de la apertura del procedimiento» (art. 61.2 LC), v. «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1138. Ahora bien, a nuestro juicio esta afirmación no tiene mucho sentido, porque ¿cómo resolver en interés del concurso o por incumplimiento un contrato que ya ha sido rescindido?

⁵⁸⁷ No clarifica la situación MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, que entiende en caso de concurso del vendedor, que cuando el comprador hubiera optado por la rescisión, la restitución de las prestaciones no generará obligaciones recíprocas de restitución sometidas a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 61 LC, sino al apartado primero de dicho artículo, pues «el vendedor concursado ha cumplido, aunque defectuosamente», v. *Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales*, cit., pg. 99.

correctamente y tratan de remediar la ruptura del sinalagma que supone la realización de una prestación defectuosa⁵⁸⁸.

A nuestro modo de ver, en caso de concurso del comprador, la administración concursal o el concursado intervenido no solo podrán ejercer la excepción de contrato no cumplido regularmente ante la reclamación de cumplimiento por parte del vendedor que realizó una entrega defectuosa, sino que podrán resolver el contrato en interés del concurso, ante el juez del concurso y por los trámites del incidente concursal (art. 61.2 LC). Tengamos en cuenta que el conocimiento de las acciones por vicios corresponde a los tribunales de primera instancia, dado que no se trata de una acción civil contra el concursado (art. 8.1.º LC) y que tanto los plazos mercantiles para denunciar por vicios, como el plazo civil para el ejercicio de las acciones constituyen plazos de caducidad muy breves cuyo cómputo comienza en el momento mismo de la entrega. Además, si el bien no aporta ninguna utilidad al concurso y puede generar gastos de almacenaje o mantenimiento concurriría un interés del concurso favorable a la resolución⁵⁸⁹ y la administración concursal o el concursado intervenido «estarían obligados a presentar la solicitud de resolución»⁵⁹⁰. Bien es cierto que el ejercicio de la acción rescisoria o

⁵⁸⁸ «La obligación de corrección de la prestación defectuosa es recíproca de las obligaciones de la otra parte en la misma medida en que lo fuera la obligación primaria de realizar la prestación correctamente», v. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1127.

⁵⁸⁹ Con respecto al interés del concurso se ha apuntado que este concepto jurídico debe determinarse en cada caso teniendo en cuenta los elementos interpretativos a nuestro alcance, desde la literalidad de la norma a la situación patrimonial y financiera del deudor y la fase procesal en que nos encontremos en función de los efectos que el concurso ha generado y la solución que se pretende. Habitualmente los tribunales identifican este concepto con «la maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la satisfacción de los acreedores». V., desde la SJM Alicante, 19.6.2006 y la SAP Las Palmas, 21.12.2007, en *Legislación y jurisprudencia concursales*, cit., pg. 124, a la SAP Valencia (9ª), 2.6.2011 y SJM 3 Pontevedra, 4.3.2011, ambas en el *ADCo*, 26, mayo-agosto 2012, pgs. 602, 638 y 639, respectivamente. También, GARCÍA VICENTE, J. R., «Art. 61. De los efectos sobre los contratos», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pg. 673. Al criterio de la maximización del valor del patrimonio concursal, elaborado bajo la óptica del análisis económico, se refería BERMEJO, N., *Créditos y quiebra*, cit., pgs. 500 y ss. MARTÍNEZ FLÓREZ trató de precisar ese interés concursal a partir de determinados criterios como la cuantía del crédito y de la deuda, la determinación de si el objeto del contrato que se recupera o se libera queda o no sometido a una hipotética liquidación concursal, la existencia o no de futuras negociaciones sobre los bienes que se liberan y, en su caso, el destino que se pretende dar al objeto que se recupera, el futuro que puede deparar al concurso la resolución del contrato y, muy especialmente, los perjuicios que se ocasionan a la parte *in bonis*, v. «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1147 y 1148. También, MONSERRAT, V. A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., pgs. 89 y 90. Partiendo de estos criterios, en principio, concurriría un interés del concurso favorable a la resolución cuando la deuda del concursado sea superior al crédito a su favor, cuando sea posible celebrar otro negocio para obtener el mismo bien o servicio en condiciones más favorables, si el negocio bilateral pendiente es un elemento que dificulte la mejor solución de la crisis o si la indemnización de daños y perjuicios con cargo a la masa, debida a la parte *in bonis* por la resolución, es más favorable para los acreedores que el cumplimiento del contrato.

⁵⁹⁰ Con arreglo a la normativa están legitimados para solicitar la resolución en interés del concurso el concursado intervenido o la administración concursal, de modo que la valoración de ese interés corresponde al concursado y al administrador concursal. Aunque la Ley parece configurar una facultad («[...] podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso»), se ha considerado que resulta más razonable entender que se trata de un deber. Así, su configuración legal

redhibitoria permitiría reclamar la indemnización de los daños y perjuicios, si se prueba que el vendedor *in bonis* conocía los vicios y que en la resolución del contrato en interés del concurso la indemnización por daños siempre es a favor de la parte no concursada, ya que la normativa permite la resolución en interés del concurso «con garantías para el derecho de la contraparte» (Exp. mot. III). No obstante, difícil será para la contraparte *in bonis* probar daños si su cumplimiento fue defectuoso⁵⁹¹, de modo que, al no generarse tampoco indemnización a cargo de la masa, el interés del concurso aparece con mayor claridad.

Por otra parte, en caso de concurso del vendedor que realizó una entrega defectuosa, la resolución en interés del concurso por el concursado intervenido o la administración concursal, si bien impedirá que el contrato siga vigente y, en consecuencia, que el comprador pueda ejercer las acciones por vicios, no tendrá para el comprador *in bonis* consecuencias desfavorables, ya que se verá libre del pago del precio y los efectos restitutorios e indemnizatorios serán a cargo de la masa.

como facultad se explicaría por el hecho de que la resolución en interés del concurso se recoge en la norma como una excepción al principio de vigencia de los contratos, de modo que el precepto plantea en realidad una alternativa a la parte concursada entre el mantenimiento o la resolución del contrato. La resolución no habrá de realizarse necesariamente, sino solo cuando sea conveniente para el interés del concurso. Ahora bien, «una vez determinado que la resolución es favorable para los intereses del concurso, existe un deber de solicitarla». Se apuntan varios argumentos a favor de la obligación del concursado intervenido o de la administración concursal de solicitar la resolución del contrato cuando concurra un interés del concurso favorable a la resolución. Declarado el concurso, los legitimados para disponer y administrar el patrimonio concursal serán el concursado intervenido, con la autorización o conformidad de la administración concursal, o la administración concursal, en caso de suspensión (art. 40 LC). Tanto el concursado intervenido como la administración concursal en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa deberán atender a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso (art. 43.1 LC). En este sentido, cuando deciden en torno a la resolución del contrato están realizando actos de disposición sobre la masa activa que deberán guiarse por el interés del concurso. De tal modo que, si el administrador concursal no actúa conforme exige el interés del concurso, solicitando la resolución del contrato pendiente o apoyando la resolución solicitada por el concursado intervenido, incurrirá en responsabilidad (art. 36 LC) y podrá ser separado de su cargo (art. 37 LC). A su vez, si el concursado intervenido no solicita la resolución en interés del concurso, el administrador concursal podrá pedir al juez que modifique la limitación sobre sus facultades de disposición y administración y decrete la suspensión (art. 40.4 LC) e, incluso, podría admitirse, por analogía con lo previsto en el artículo 54.2, para el ejercicio de acciones del concursado, que cuando el deudor no obre por la resolución y el administrador concursal estime conveniente al interés del concurso solicitarla, la administración concursal podría solicitar el auxilio del juzgado y pedir la resolución. En todo caso, si el deudor está obligado a colaborar con la administración concursal y con el juez «en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso» (art. 42 LC), cualquier actuación obstaculizadora o contraria a la resolución en interés del concurso podría acarrear la infracción de este deber, lo que, en caso de apertura de la sección de calificación, permite presumir, salvo prueba en contrario, la existencia de dolo o culpa grave del deudor en la generación o agravación del estado de insolvencia (arts. 167 en relación con los arts. 164 y 165.2.º LC).

V. sobre estas cuestiones, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pgs. 1149 y 1150; también, JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», en el *ADCo*, 13, 2008-1, pgs. 115 a 151, en especial, pgs. 137 y 138.

⁵⁹¹ La resolución en interés del concurso no solo no perjudicaría a la parte *in bonis*, sino que le beneficia frente a la alternativa que podría suponer el ejercicio de las acciones edilicias o de la resolución por incumplimiento contractual.

Más problemas puede plantear la posibilidad de resolución del contrato por incumplimiento.

1.4.2. Vicios e incumplimiento anterior a la declaración de concurso

Los vicios engloban una gran variedad de situaciones defectuosas que dan lugar a diferentes remedios jurídicos. Podemos encontrar desde un simple defecto de cantidad o calidad hasta la entrega de cosa distinta a la pactada, pasando por la existencia de un vicio o defecto interno que hagan la cosa impropia para el uso al que se destina. Ante una situación de entrega de cosa distinta (*aliud pro alio*) no existirá realmente vicio sino incumplimiento en sentido estricto y habría que acudir al 1124 del Código Civil⁵⁹² y al 329 del Código de Comercio. No obstante, la cosa puede resultar «impropia para el uso al que se destina» —inhabilidad del objeto— tanto en el caso de entrega de cosa distinta como en el supuesto de vicios internos u ocultos y, sin embargo, en este último supuesto el comprador dispondrá de las acciones edilicias, no de las acciones por incumplimiento. Ello no solo pone de manifiesto las deficiencias de la regulación, sino que ante el concurso pueden originarse otros problemas, ya que la resolución por incumplimiento está sujeta al régimen especial del artículo 62 de la Ley Concursal, no así el resto de acciones que tutelan el crédito y que conforme al principio de vigencia del contrato habrían de admitirse en tanto no fueran incompatibles con los efectos que genera la apertura del procedimiento concursal.

Conforme a la normativa, si nos encontramos ante una situación de incumplimiento del contrato pendiente por ambas partes, será preciso tomar en consideración si el incumplimiento se produjo antes o después de la declaración de concurso. De la literalidad del artículo 62 se deduce que los contratos de tracto único, como la compraventa, solo podrán resolverse por incumplimientos posteriores a la declaración de concurso, pero no por incumplimientos anteriores. Este criterio literal parece haberse impuesto de forma mayoritaria entre los jueces y tribunales de lo mercantil⁵⁹³, y es compartido por una parte de la doctrina⁵⁹⁴. No obstante, se ha

⁵⁹² V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pgs. 573.

⁵⁹³ V., entre otras, SAP La Coruña (4.ª), 16.9.2011, en *ADCo*, 26, mayo-agosto 2012, pgs. 602 y 603; y SJM 1 La Coruña, 13.6.2011, en *ADCo*, 26, mayo-agosto 2012, pg. 639.

⁵⁹⁴ V. VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Art. 62. Resolución por incumplimiento», en Cordón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, 2004, pg. 486. Si bien, para este autor lo que no tiene sentido es admitir la resolución por incumplimiento anteriores en los contratos de tracto sucesivo, ídem, pg. 487.

V., también, MONSERRAT, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., pgs. 71 y ss, en especial, pgs. 99 a 102; y BONARDELL LENZANO, R., *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, cit., pg. 75. En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO considera que la regla general es que los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes pueden resolverse por un incumplimiento posterior a la declaración de concurso, de modo que la posibilidad de resolver los contratos de tracto sucesivo por incumplimientos anteriores debe entenderse como una especialidad —v. «Artículo 62», en Sánchez-Calero y Guilarte Gutiérrez (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, vol. II, Valladolid, 2004., pg.1164—; en este sentido, v. SJM Murcia 26.4.2005 y SAP Barcelona (15.ª) 13.9.2006, en *Legislación y jurisprudencia concursales*, cit., pg.126.

señalado que la literalidad «no es óbice para que resulte admisible la posibilidad de resolver los contratos de tracto único con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, en el caso de incumplimiento anterior del concursado, cuando la otra parte está dispuesta a cumplir»⁵⁹⁵.

Según el criterio literal, mientras que la normativa permite que la contraparte en un contrato de tracto sucesivo (arrendamiento o suministro) no siga vinculada y obligada durante el procedimiento cuando se produjeron incumplimientos del concursado anteriores a la declaración de concurso, y sin perjuicio de que el juez pueda mantener el contrato (art. 62.3), esta posibilidad se excluye en los contratos de tracto único como la compraventa, en los cuales si el contratante *in bonis* no ejerció la resolución antes de la apertura del procedimiento, no podrá ejercerla después. La razón parece hallarse en los distintos efectos que genera la resolución en ambos tipos de contratos, ya que solo en los contratos de tracto único tiene eficacia restitutoria. De modo que, aunque el artículo 62.1 se refiera a la resolución tanto de los contratos de tracto único como de los contratos de tracto sucesivo, en su apartado 4 solo hace referencia a los contratos de tracto sucesivo, puesto que son los únicos en los que es posible diferenciar entre créditos derivados de prestaciones anteriores y créditos derivados de prestaciones posteriores a la declaración de concurso⁵⁹⁶. La imposibilidad

⁵⁹⁵ V. SJM 1 Sevilla, 30.12.2005 (JUR 2006, 150413). En la doctrina, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 62. Resolución por incumplimiento» en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 1164 y 1165. También, GARCÍA VICENTE, J. R., «Art. 61. De los efectos sobre los contratos», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pg. 690. Y FRIGOLA I RIERA, A., «El adquirente de vivienda ante el concurso inmobiliario», en García-Cruces (dir.): *Crisis inmobiliaria y Derecho concursal*, Aranzadi, 2009, pgs. 167 y ss., en especial, pg. 186.

⁵⁹⁶ V., en este sentido, MARTINEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», *ADCo*, 13, pgs. 74 y ss.

El artículo 62.4 se ocupa únicamente de las prestaciones vencidas y cumplidas por la parte *in bonis* que fueron incumplidas por el concursado. A estos efectos distingue entre los incumplimientos del concursado anteriores y posteriores a la declaración de concurso. En el primer caso, el crédito a favor del contratante *in bonis* será concursal. En el segundo caso, será un crédito contra la masa. No obstante, para la resolución en interés del concurso, el crédito del contratante *in bonis* por las «restituciones que procedan» es un crédito contra la masa (art. 61.2-II) y el artículo 84.2-6.º enumera entre los créditos contra la masa las «obligaciones de restitución en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado». De ahí que se haya entendido que también la resolución por incumplimiento tiene una eficacia restitutoria, aunque no pueda deducirse de la literalidad de la norma, v. MONSERRAT, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., pgs. 109 y 110. Sin embargo, si la restitución conlleva una eficacia retroactiva de la resolución, ya que obliga a la reintegración de lo ejecutado por el contratante cumplidor, dicha eficacia no se produce ante relaciones obligatorias duraderas o de tracto sucesivo, que total o parcialmente se encontraban ya consumadas (v. gr. arrendamientos o suministros), pues, en tales casos, se extingue el vínculo obligatorio con efectos *ex nunc*—v. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 873—. Así, el art. 62.4 establece que las obligaciones vencidas y cumplidas por la parte *in bonis* que tengan pendiente la contraprestación a cargo del concursado generarán créditos concursales si el incumplimiento del concursado fue anterior a la declaración de concurso, y créditos contra la masa si fue posterior. En definitiva, la norma parece pensada para los contratos de tracto sucesivo o con prestaciones fraccionadas, cuando estas aisladamente consideradas pueden satisfacer el interés del acreedor, pues lo que se deduce del precepto no es un crédito a la restitución de las prestaciones cumplidas por la parte *in bonis* cuya contraprestación no ha satisfecho el concursado, sino un crédito a la contraprestación incumplida por el concursado. Ahora bien, el hecho de que la norma parezca pensada para la resolución de contratos de tracto sucesivo no impide entender que también se pueden resolver por incumplimiento los contratos de

de resolver los contratos de tracto único por incumplimientos anteriores parece justificarse en el hecho de que, declarado el concurso, el crédito anterior a la declaración a favor del acreedor que ha cumplido su prestación se debe integrar en la masa pasiva, y la solución de la Ley no resultaría mas insatisfactoria e ilógica para estos acreedores que para tantos otros acreedores que no han cobrado y que tienen que compartir un mismo destino en el concurso.

Ahora bien, frente a esta opinión, algunos jueces y tribunales de lo mercantil⁵⁹⁷ han mantenido que para privar al contratante *in bonis* de la facultad de resolver el contrato por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso, se requiere una disposición legal terminante y expresa, dirigida a derogar la facultad reconocida con carácter general en el artículo 1124 del Código Civil. De la misma manera que en caso de cumplimiento forzoso en interés del concurso, el legislador ha previsto una norma expresa (art. 62.3), para excluir la facultad de resolución por incumplimiento debería concurrir una norma especial, sin que la interpretación a contrario pueda considerarse definitiva, ya que el hecho de que el artículo 62.1 solo se refiera a la posibilidad de resolver por incumplimientos anteriores en los contratos de tracto sucesivo, no significa que la prohíba en los contratos de tracto único.

Pensemos en cualquier situación de falta de cumplimiento sustancial que frustrara la finalidad negocial pretendida (v. gr., término esencial, pero también un vicio interno). Si el concursado ya no puede cumplir la prestación o esta no puede satisfacer el interés del acreedor, la extinción del vínculo estaría justificada tanto en los contratos de tracto único como en los contratos de tracto sucesivo⁵⁹⁸. Pero la resolución no solo extingue el vínculo, sino que genera otras consecuencias. Puesto que la Ley Concursal al regular esas consecuencias no distingue entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo (art. 62.4 LC) habría que entender que en los contratos de tracto único, conforme a la normativa, las consecuencias restitutorias e indemnizatorias de la resolución generarán créditos contra la masa, ya que el incumplimiento habrá sido posterior a la declaración de concurso. En caso de contratos con prestaciones no dinerarias, como la compraventa de vivienda, si no se admite la resolución por incumplimientos anteriores, el contrato permanece vigente. El comprador *in bonis*

tracto único, aunque será preciso determinar el régimen del derecho de restitución de la parte *in bonis*, v. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *ídem*, pgs. 87 y 88.

⁵⁹⁷ V., SSAP Alicante (8.ª), 9.7.2010 (R. 250/10 y R. 251/10 —JUR 2010/355662—), 9.9.2010 (R. 278/10), 9.12.2010 (R. 432/10), y 11.10.2010 (R. 339/10 —JUR 2011/23487—); SSAP Valencia (9.ª), 8.11.2010 (R. 608/10), 29.11.2010 (R. 394/10 —JUR 2011/108388—), 21.2.2011 (R. 50/11 —JUR 2011/170409—); SAP Jaén (1.ª), 20.5.2010 (R. 169/10); y SSJM 1 Alicante 15.6 y 19.10.2009 (Autos 17/09 y 621/09, respectivamente.). V., todas las resoluciones recopiladas, en BARÓ CASALS, A., *Jurisprudencia Concursal Sistematizada, 2006 a 2012*, [disponible en internet en: www.bufetebaro.com/pub-docs/jurisprudencia-concursal.pdf], pgs. 1472 a 1485.

⁵⁹⁸ Con carácter general se admite esta posibilidad, sin distinguir entre uno y otro tipo de contratos, como una consecuencia propia del cumplimiento defectuoso de la prestación en las obligaciones sinalagmáticas. V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pgs. 704 y 705.

tendrá un crédito por la entrega de la vivienda que se computará en dinero a los solos efectos de la cuantificación del pasivo (art. 88 LC), sin que ello suponga la conversión de su pretensión *in natura* en un crédito dinerario, lo cual solo se producirá con la apertura de la liquidación (art. 146 LC). Ahora bien, en caso de liquidación podría darse una situación injustificada: el comprador *in bonis* tendría un crédito por el equivalente pecuniario de su prestación (precio de la vivienda), sin haber cumplido o solo habiendo entregado un adelanto por su contraprestación, que no sería exigible por la promotora concursada si no lleva a buen término la construcción proyectada y comprometida. De ahí que si la prestación no dineraria no se cumple, se haya reconocido el derecho de la contraparte no a la prestación pactada, sino a la restitución de lo que por su parte hubiera entregado. Efectos que se instrumentalizan a través del instituto de la resolución contractual.

Por otro lado, en ese mismo contrato de compraventa de vivienda, cuando no existe posibilidad de que la promotora o la constructora en concurso lleven a efecto la construcción, si la vivienda debió entregarse antes de la apertura del procedimiento concursal, el vendedor *in bonis* no podrá resolver el contrato, aunque, ante el incumplimiento del concursado, tampoco estará obligado a seguir cumpliendo y pagar el resto del precio —*exceptio*—, en consecuencia, solo podrá comunicar su crédito por lo entregado a cuenta del precio, que será un crédito concursal ordinario sujeto al convenio y a la liquidación. En cambio, si las fechas de entrega de las viviendas son posteriores a la apertura del procedimiento, el vendedor *in bonis* podrá resolver el contrato y reclamar no solo los anticipos por el precio (más intereses), sino también los daños y perjuicios que, en cuanto créditos contra la masa, no estarán sujetos al convenio ni a la liquidación.

Como los propios tribunales han afirmado, la resolución es el medio de tutela legal para poner fin al ligamen contractual en caso de incumplimiento de la contraparte, y de no admitirse se corre el riesgo de sujetar de manera indefinida al contratante *in bonis* en una relación en la que no podrá ver satisfecho su interés. No puede obligarse al comprador a que siga pagando el precio y mantenga vivo el vínculo contractual de manera indefinida con el fin de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega, cuando ya no es posible que la parte concursada pueda cumplir con su obligación sin que para el contratante no concursado exista otra vía para resolver el contrato, ya que la resolución voluntaria o en interés del concurso está reservada al concursado intervenido o a la administración concursal, únicos legitimados activamente para ejercerla. El vínculo subsistirá a menos que la administración concursal o el concursado intervenido ejerzan la resolución en interés del concurso, algo que no parece probable si las consecuencias indemnizatorias son a cargo de la masa (art. 61.2).

En consecuencia, desde la literalidad de las normas concursales, en caso de concurso del vendedor, el comprador *in bonis* no podrá resolver el contrato por una situación de incumplimiento anterior a la declaración de concurso, como puede ser la falta de entrega en el término pactado con carácter esencial o la entrega de cosa distinta a la pactada, pero sí podrá rescindir el contrato por un vicio o defecto oculto de la cosa

entregada, aunque en ambos casos se origine una situación de falta de cumplimiento sustancial que frustre la finalidad del negocio y deje insatisfecho el interés del comprador. En el concurso, los problemas que plantea la diversidad de remedios que el legislador ha previsto ante las distintas formas de incumplimiento se ven agravados al establecerse una regla especial para el incumplimiento resolutorio que atribuye un trato diferente a los contratos de tracto único y a los de tracto sucesivo.

1.5. La obligación de pago del precio

El pago es un acto de cumplimiento propio de las obligaciones pecuniarias que habrá de hacerse en la especie pactada, aunque podrán utilizarse distintos medios o instrumentos de pago.

De acuerdo con el principio de simultaneidad propio de las obligaciones recíprocas, si no se prevé otra cosa, el pago deberá realizarse en el tiempo y el lugar en los que se haya de entregar la cosa vendida (art. 1500 CC). En el ámbito mercantil, la obligación de pago del precio surge con la puesta a disposición del comprador de las mercaderías vendidas (art. 339 CCom) y, aunque el plazo no se presume, de modo que en caso de silencio las ventas se entenderán hechas al contado (art. 87 CCom), el pago suele posponerse, total o parcialmente, a la obligación de entrega⁵⁹⁹. Ahora bien, el fraccionamiento o aplazamiento del pago no modifica la naturaleza de la relación obligatoria, que seguirá siendo de tracto único⁶⁰⁰, y conlleva un concesión de crédito al comprador que comporta la suscripción de garantías accesorias dirigidas a asegurar el pago (v. gr., reserva de dominio, opción de compra o condición resolutoria expresa). Al mismo tiempo, el aplazamiento genera el devengo de intereses que, en calidad de frutos o productos del capital, deberán entregarse junto con el precio para que se produzca el

⁵⁹⁹ En las relaciones entre empresarios con frecuencia concurren plazos legales de pago que excepcionan la regla general. Así, en el art. 4 de la Ley de Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales o en el art. 17 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, donde también se establecen ciertas especialidades para sectores concretos, como son los productos de alimentación frescos y perecederos (art.17.3). La demora en el pago dentro del plazo establecido constituirá al comprador en la obligación de pagar el interés legal (art. 341 CCom). Si bien, las normas anteriores también contienen especialidades en esta materia, en relación con el interés de demora (art. 17.5 LOCM y art. 7 LMLCMOP). V. BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, cit., pgs. 78 y 79.

⁶⁰⁰ La forma del aplazamiento puede dar lugar a dos modalidades de venta: la venta con precio aplazado, en la que se rompe la simultaneidad entre la entrega de la cosa y del precio, al convenirse que este se pagará íntegramente en un momento posterior a la entrega de aquella, y la venta a plazos, en la que no solo se rompe aquella simultaneidad, sino que, además, se fracciona el importe del precio, al convenirse que el acreedor lo ha de satisfacer en varios pagos futuros, periódicos y generalmente de idéntica cuantía, V. BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, cit., pg. 86. Los tribunales mercantiles mantienen el criterio de que los contratos de compraventa a plazos son contratos de tracto único, aunque se distribuya en el tiempo el pago del precio. La obligación del comprador, aunque fraccionada, se considera única y tiene su causa en la obligación de entrega que asume el vendedor, también única. v., entre otras, la SAP La Coruña (4.º), 16.9.2011 y la SJM 1 La Coruña, 13.6.2011, ambas en el, *ADCo*, 26, mayo-agosto 2012, pgs. 603 y 639, respectivamente.

cumplimiento⁶⁰¹. Por tanto, la obligación dineraria no se extingue hasta el pago total del precio más los correspondientes intereses. No obstante, la norma atribuye efectos solutorios al recibo del último plazo de un débito, cuando el acreedor no hiciere reservas en cuanto a los plazos anteriores (art. 1110-II CC). Se trataría de una presunción favorable a la extinción *ex lege* de la obligación de pago. La doctrina se decanta por entender que estamos ante una presunción *iuris tantum*, de tal manera que la extinción de la obligación de pago en relación a los intereses y plazos anteriores puede evitarse mediante la prueba en contrario. Si bien, para que tales efectos extintivos se produzcan, la norma exige el pago del último plazo y puede entenderse por tal el plazo final o bien el último plazo que se ha hecho efectivo. En el primer caso, el pago de ese último plazo pondría fin a la relación jurídica, en el segundo caso, no. Si tenemos en cuenta que el precepto no prevé la extinción de la relación jurídica obligatoria sino la extinción de la obligación *en cuanto a los plazos anteriores*, no se ve impedimento para entender la posibilidad de continuación de la relación por la existencia de plazos posteriores⁶⁰². Sin embargo, cuando no existieran plazos posteriores, habrá que considerar extinguida la obligación, de modo que, declarado el concurso de acreedores de cualquiera de las partes en la relación jurídica, el contrato no podrá considerarse pendiente de cumplimiento por ambos contratantes.

En relación a la concurrencia de distintos instrumentos de pago, en el tráfico es frecuente el pago hecho mediante el ingreso en una cuenta bancaria o a través de transferencia bancaria. En ambos supuestos el banco actúa por orden o indicación de su cliente, si bien el acreedor no está obligado a aceptar estos medios de pago, sino que será preciso su consentimiento. Por tanto, de no aceptarse no podrán producir los efectos propios del cumplimiento de las obligaciones dinerarias. Ahora bien, ese consentimiento podrá ser implícito o tácito y deducirse por actos concluyentes o por el silencio positivo del acreedor. Por tanto, se producirán los efectos del pago entre deudor y acreedor si concurre pacto expreso admitiendo el ingreso o la transferencia bancaria como medio de pago, desde que el banco recibe el ingreso, o en el caso de transferencia, cuando el banco abona el importe en la cuenta del acreedor. En cambio, si no hubo pacto expreso, solo se producirán tales efectos, desde que el acreedor tiene noticia del ingreso y, aunque puede rechazarlo, no lo hiciere⁶⁰³. Extinguida la obligación, el

⁶⁰¹ Por regla general, los intereses podrán ser retributivos del crédito concedido, compensatorios de la percepción de los frutos o estrictamente moratorios (art. 1501). Además la normativa establece que si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no se hayan cubierto los intereses (art. 1173 CC). Por otro lado, si el acreedor recibe el capital, sin reserva alguna respecto a los intereses, se extingue la obligación del deudor en cuanto a estos (art. 1110 CC).

⁶⁰² DÍEZ-PICAZO apunta una interpretación fundada en el hecho de que el precepto no se refiere al hecho del pago, sino al hecho de la recepción. No solo no basta con el pago en sí, ya que se exige *recibo sin reservas* por parte del acreedor, sino que el recibo tendría carácter confesorio para el acreedor, por el que este declara referir el pago a un determinado plazo, v. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pgs. 359 a 361.

⁶⁰³ V., al respecto, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pgs. 571 y 572; y BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, cit., pgs. 245 a 247.

comprador habrá satisfecho su crédito y se habrá liberado de su deuda, y el contrato no podrá considerarse pendiente de cumplimiento por ambas partes.

Otro posible medio de pago son los títulos valores o documentos —v. gr., letras de cambio, pagarés o cheques—, si bien, su entrega no tendrá valor alguno cuando no han sido satisfechos a su debido tiempo. La entrega del documento tiene un carácter instrumental, dirigido a sustituir la entrega material del dinero, de modo que sirva para obtenerlo, pero será necesaria su realización o conversión en dinero. La mera entrega de estos efectos carece de eficacia liberatoria, en tanto no se acredite su total realización (art. 1170 CC), por lo que habrá de entenderse que la entrega se realiza *pro solvendo*, a no ser que del pacto expreso entre las partes resulte una novación que sustituya total e íntegramente la obligación primitiva —relación causal subyacente— por la derivada del título (art. 1203 CC). Solo cuando se produzca esa novación, la entrega podrá entenderse realizada *pro soluto* y se generarán los efectos del pago⁶⁰⁴. En consecuencia,

⁶⁰⁴ Un ejemplo de cumplimiento delegado de la obligación de pago podría hallarse también en la cláusula de subrogación hipotecaria de los contratos de compraventa de viviendas. En estos contratos, los inmuebles suelen estar gravados con hipotecas en garantía del préstamo que el vendedor-promotor suscribió con una entidad bancaria para financiar la construcción. Por esta razón habitualmente incluyen cláusulas que facultan a los compradores para pagar el precio subrogándose en la posición deudora del vendedor en el contrato de préstamo con la entidad financiera, cuando esta preste su consentimiento. Dicha posibilidad es refrendada por el artículo 118 de la Ley Hipotecaria, que establece, en caso de venta de finca hipotecada, que, cuando el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no solo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el vendedor desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito.

La eficacia de ese pacto en el concurso se ha planteado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2012 —v. *ADCo*, 27, septiembre-diciembre, 2012, pgs. 479 y 480— con relación a varios contratos de compraventa en los que se incluía una cláusula por la que los compradores se comprometían en el momento de otorgar la escritura pública de compraventa al pago del importe de la hipoteca o bien a la subrogación en el préstamo hipotecario y adquirirán así la condición jurídica de deudores del mismo. Conforme a lo mantenido en las dos instancias, se considera que los compradores tienen la condición de propietarios, ya que se encontraban en posesión de los inmuebles, los cuales debían excluirse de la masa activa del concurso para ser sustituidos por el correspondiente crédito por el precio pendiente a favor del concursado vendedor. Asimismo, figuraba en la masa pasiva el crédito de la entidad financiera frente al vendedor por el préstamo para la construcción. En apelación no se admitió la posibilidad de aplicar el pacto de asunción de deuda hipotecaria por entender que no podía admitirse que los compradores se liberaran de sus deudas frente al concurso ocupando la posición del vendedor-concursado en el préstamo hipotecario concertado con la entidad financiera. Ello «sería contrario a la regla de la igualdad de trato de los acreedores», pues de ese modo se favorecería al titular del crédito hipotecario en perjuicio de los demás acreedores del concursado que verían «desaparecer de la masa activa el activo principal que la compone». Por su parte, el Tribunal Supremo considera que «como consecuencia de la eficacia vinculante del contrato», los compradores quedaron facultados para pagar alternativamente al vendedor, el precio de venta, o a la acreedora hipotecaria, la deuda nacida del préstamo. Los compradores podían elegir entre dos alternativas de pago, es decir, entre dos acreedores, de modo que el derecho del vendedor al precio se hizo depender, desde el momento de la perfección del contrato, de que los compradores no optaran por pagar a la entidad prestamista y, en otro caso, de que esta no aceptara. Por tanto, de producirse el cambio subjetivo en la obligación garantizada, la consecuencia será que el vendedor-concursado deja de ser deudor de la acreedora hipotecaria, cuyo crédito deberá excluirse de la masa pasiva del concurso. Desde esta perspectiva, los compradores venían facultados por el contrato a asumir *solvendi causa* la deuda del prestatario vendedor, sin que dicha facultad se pueda ver alterada por la posterior declaración de concurso del vendedor, y su ejercicio, con aceptación de la acreedora hipotecaria, liberará al concursado de su deuda frente a esta.

No obstante, la sentencia contiene un voto particular, conforme con el fallo pero disconforme con la fundamentación. La discrepancia se centra en entender que el pacto que atribuye al comprador la opción

la relación jurídica obligatoria que dio lugar a la transmisión del documento subsiste junto con la derivada del propio título, si bien, desde el momento de la entrega del documento hasta el momento de la realización del título o su falta de realización, quedará en suspenso. Durante el periodo de suspensión el acreedor no podrá ejercer las acciones dirigidas a obtener el cumplimiento de la prestación ni las acciones derivadas del incumplimiento (art. 1124 CC), pero sí las que se dirijan a conservar el crédito o garantizar su cumplimiento. Con la falta de pago del título, el acreedor recupera la posibilidad de ejercicio de aquellas acciones derivadas del negocio, aunque mantiene también la posibilidad de ejercicio de las acciones derivadas del propio documento.

Ahora bien, la entrega de títulos no solo producirá los efectos del pago cuando efectivamente el deudor cambiario pague al tenedor del documento, sino también cuando el título se hubiere visto perjudicado por culpa del acreedor. Habrá perjuicio del título y, en consecuencia, se producirán los efectos del pago, cuando el acreedor, tenedor del documento, no haya cumplido con los requisitos formales necesarios para

de pagar al vendedor concursado o a un acreedor del mismo tendría eficacia una vez declarado el concurso, cuando el contrato de compraventa estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes. Así, caso de que el contrato solo estuviera pendiente de cumplimiento por el comprador *in bonis*, porque el vendedor hubiera cumplido íntegramente las obligaciones a su cargo, la obligación de pago habría dado lugar a un crédito integrado en la masa activa (art. 61.1) y las reglas del concurso se impondrían sobre las del contrato, lo que excluiría la posibilidad de que el pago pueda realizarse mediante subrogación en la posición que el concursado ostenta en créditos concursales integrados en la masa pasiva, pues ello sería contrario al principio de *par condicio creditorum*, al beneficiar a los titulares de los créditos hipotecarios en los que se pretende la subrogación y perjudicar al resto de acreedores que ven desaparecer de la masa el activo principal que la compone, lo que hace ilusoria la posibilidad de que puedan obtener el pago de sus créditos. En dicho voto particular, se parte de la premisa de que el vendedor no habrá cumplido íntegramente con sus obligaciones recíprocas esenciales hasta que no haya otorgado escritura de compraventa de la vivienda libre de la hipoteca (en el supuesto de que el comprador haya satisfecho el crédito garantizado). De la compraventa derivaría no solo la obligación del comprador de pagar al vendedor hipotecario el crédito garantizado con el inmueble, sino también la obligación del vendedor de amortizar el crédito hipotecario en la misma medida en que el comprador le pague a él. Evidentemente, el vendedor puede delegar el cumplimiento de su obligación en el comprador, de modo que cuando este paga al acreedor hipotecario cumple tanto la obligación del concursado frente al acreedor hipotecario, cuanto la obligación de pago del crédito hipotecario asumida frente a él con carácter recíproco por el vendedor concursado. En definitiva, la razón por la que el comprador de un inmueble hipotecado, deudor del concursado, está facultado para pagar directamente al acreedor hipotecario es porque está cumpliendo la obligación recíproca pendiente asumida frente a él por el vendedor. La facultad de pagar directamente al acreedor hipotecario no depende de la existencia de un pacto contractual expreso y del eventual consentimiento del acreedor hipotecario, sino de que el pago responda al cumplimiento delegado de la obligación contraída por el concursado con carácter recíproco y aún pendiente de cumplimiento.

A nuestro modo de ver, la opinión particular expuesta parte de una suerte de conexión causal recíproca entre el contrato de compraventa y el contrato de préstamo, por virtud de la cual el vendedor se compromete frente al comprador a satisfacer el préstamo en la medida en que el comprador le satisfaga el precio, de modo que el comprador está facultado para pagar directamente a la acreedora hipotecaria o para pagar mediante la asunción de la deuda del vendedor concursado en el contrato de préstamo, ya que, en todo caso, lo que el comprador paga al vendedor es el crédito garantizado. Ahora bien, para que se materialice esa alternativa es preciso que la deuda del contratante *in bonis* frente al concurso no haya ingresado en la masa activa, como consecuencia del cumplimiento íntegro de su obligación por el concursado, sin que pueda considerarse cumplido el contrato por parte del vendedor hasta el otorgamiento de la escritura pública de compraventa de la vivienda libre de cargas, cuando el comprador hubiera satisfecho el crédito garantizado. La situación parece semejante a la del pago mediante documentos, cuyo fundamento último también se encuentra en la delegación y los efectos del pago no se producen hasta que son efectivamente realizados.

mantener vivas las acciones derivadas del propio título. Es decir, en el caso de una letra de cambio, cuando no hubiera sido presentada al cobro y protestada por falta de pago en tiempo y forma —o realizada la declaración equivalente—. Al mismo tiempo, se requiere que dicho perjuicio del título se produzca por culpa del acreedor, de modo que, cuando la causa determinante del perjuicio no sea imputable al acreedor —v.gr., fuerza mayor, transmisión del título a un tercero, al cual corresponderá el cumplimiento de los requisitos formales (descuento bancario), o exoneración, en virtud del propio título, de la carga de cumplir aquellos requisitos—, no se producirán aquellas consecuencias. En todo caso, el perjuicio por falta de cumplimiento de los requisitos formales será aplicable cuando haya habido efectiva circulación del título —v. gr., así en los títulos a la orden—, pero no cuando el documento haya permanecido entre el deudor y el acreedor de la relación causal subyacente. Por último, se apunta que, aunque el acreedor al perjudicar el título ha perdido la acción causal derivada del negocio, dispone aún de la acción de enriquecimiento injusto (art. 65 LCCH)⁶⁰⁵.

2. El contrato pendiente de ejecución por el contratante no concursado.- La solución concursal es conforme al esquema contractual típico en orden al cumplimiento o la resolución del contrato

En el Derecho codificado se entendía que si el quebrado había cumplido sus obligaciones, la sindicatura podía reclamar del contratante *in bonis* el cumplimiento de las prestaciones a su cargo. La declaración de quiebra solo producía sobre el contrato el efecto de conllevar la sustitución del quebrado por los órganos de representación de la quiebra⁶⁰⁶. Esta es la solución que recoge el artículo 61.1 de la Ley Concursal para los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración de concurso una de las partes, en este caso el concursado, hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, ya que el crédito que corresponda al deudor se incluirá en la masa activa del concurso⁶⁰⁷. Así enunciada, la regla de la vigencia del contrato significa que el contrato

⁶⁰⁵ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pgs. 582 a 585; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol., cit., pg. 505; y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1139.

⁶⁰⁶ Una consecuencia que, según RAMÍREZ —*La quiebra*, t. II, cit., pgs. 1261 y 1262— «carece de toda relevancia», por lo que podía afirmarse que la declaración de quiebra no producía efecto alguno sobre el contrato. En el mismo sentido, como pone de manifiesto GARCÍA VILLAVERDE —«Una forma especial de garantía...», cit., pg. 313—, la mayor parte de la doctrina se refería únicamente a la posibilidad de exigir el cumplimiento de la parte *in bonis*. Sin embargo, no cabe duda que los órganos concursales pueden exigir tanto el cumplimiento como la resolución del contrato en los términos del 1124, y los intereses que habrán de tener en cuenta a la hora de optar por una u otra vía no son los del contratante concursado, sino los del procedimiento.

⁶⁰⁷ En principio, tales créditos a cargo del contratante no concursado deberán aparecer reflejados en el inventario de bienes que aporta el deudor en su solicitud de concurso (art. 6.2-3.º LC) y, en todo caso, deberían ser relacionados por la administración concursal en su inventario (art. 75.2-1.º LC), relación que deberá recoger el valor dinerario de dicha prestación (art. 82 LC).

subsiste con arreglo a las disposiciones generales, ya que no existe razón, ni de naturaleza concursal ni de ningún otro tipo, para derogarlas. En caso de concurso del vendedor que cumplió con su obligación de entrega, la administración concursal tiene que incluir en el inventario de la masa activa el crédito por el precio pendiente de cobro, indicando las cantidades vencidas y las pendientes de vencimiento, sin que se produzca su vencimiento anticipado, ya que este solo se prevé para los créditos concursales que integran la masa pasiva y en caso de apertura de la liquidación (art. 146 LC). En aquellos supuestos en los que el concursado ostenta la condición de acreedor, es decir, sujeto activo en la relación crediticia, el crédito que integra la masa activa no es objeto de calificación. En caso de concurso del comprador se integrará en la masa activa el derecho a reclamar la entrega del bien objeto de la compraventa, de modo que el comprador concursado podrá exigir el cumplimiento íntegro del vendedor *in bonis*.

Cuando el contrato está pendiente de cumplimiento total o parcial solo por el contratante *in bonis*, no puede hablarse de ruptura de la equivalencia de las prestaciones recíprocas, ya que si el concursado —como el quebrado— cumplió íntegramente las prestaciones a su cargo, la contraparte *in bonis* debe cumplir las suyas y, si incumple, el concursado intervenido con autorización de la administración concursal o la propia administración concursal en caso de suspensión podrán resolver el contrato. Aunque la Ley no se refiera a esta última posibilidad, no existen razones para derogar las reglas generales e impedir el ejercicio de la resolución por incumplimiento de la contraparte *in bonis*⁶⁰⁸. La resolución podría fundarse en un incumplimiento del contratante *in bonis* tanto anterior como posterior a la declaración de concurso. Lo importante es que una vez haya cumplido el deudor concursado la obligación a su cargo antes de la apertura del procedimiento (v. gr., si es vendedor ha entregado los bienes objeto del contrato y, si es comprador, ha pagado el precio), la contraparte *in bonis* no cumpla llegado el día de vencimiento.

Ahora bien, frente a esta concepción mayoritaria, y amparándose en la falta de precisión legislativa, pues el apartado primero del artículo 61 al ocuparse de los contratos íntegramente cumplidos por una parte no hace referencia a la facultad de resolución por incumplimiento a favor del contratante cumplidor, se ha apuntado la necesidad de distinguir según el incumplimiento del contratante no concursado se produzca antes o después de la declaración de concurso. Si, una vez haya cumplido íntegramente el concursado, la contraparte incumple con posterioridad a la declaración

⁶⁰⁸ Por un lado, el ejercicio de la resolución puede ser la única vía para tutelar a la parte concursada que ha sufrido el incumplimiento de la contraparte, por otro, al concurso puede convenirle la resolución, ya que es posible que el bien entregado al contratante *in bonis* se haya visto revalorizado, de modo que la restitución sea más favorable que la reclamación del precio pactado. V. MARTÍNEZ FLOREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», *ADCo*, 13, 2008-1, pgs. 57 y ss, en especial, pgs. 59 y 60. También, MONSERRAT, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., pgs. 83 y 84. En el mismo sentido, GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales», en *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, vol. III, Madrid-Barcelona, 2005, pgs. 2787 y ss, en especial pags. 2806 y 2807.

de concurso, parece fuera de toda duda que la parte concursada podrá optar por pedir el cumplimiento o la resolución con indemnización de daños en ambos casos. En cambio, si el incumplimiento fue anterior habrá que distinguir entre contratos de tracto único y contratos de tracto sucesivo. Mientras que en los contratos de tracto sucesivo «la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso» (art. 62.1, *in fine*), en los contratos de tracto único, si el incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y la parte cumplidora no ha ejercitado el derecho a resolver, una vez declarado el concurso no puede hacerlo⁶⁰⁹. Sin embargo, esta concepción parte de premisas equivocadas⁶¹⁰: la aplicación del artículo 62 de la Ley Concursal a los contratos cumplidos íntegramente por una de las partes (art. 61.1 LC) y la distinción entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo.

La Ley Concursal establece en su artículo 62 que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte cuando hay un incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Sin embargo, cuando se trate de contratos de tracto sucesivo, dicha facultad podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso. A nuestro juicio, el argumento literal no deja lugar a dudas, de los dos supuestos a los que el legislador hace referencia en el artículo 61, contrato íntegramente cumplido por una de las partes (art. 61.1) y contrato pendiente de cumplimiento por ambas partes (art. 61.2), el reconocimiento de la facultad de resolución por incumplimiento solo se refiere al apartado dos del artículo 61, es decir, a los contratos pendientes tanto a cargo del concursado como de la otra parte⁶¹¹. Ahora bien, esto no significa que deba hacerse una interpretación a contrario de la norma que excluya el ejercicio de esta facultad tras la declaración de concurso cuando el contrato ha sido cumplido íntegramente por una de las partes⁶¹². De la Ley solo puede extraerse la conclusión de que en el supuesto de un contrato pendiente de cumplimiento por ambas partes podrá ejercerse la facultad de resolución por incumplimiento con arreglo a lo previsto en el artículo 62, de modo que, si el contrato ha sido cumplido íntegramente por uno de los contratantes, no podremos aplicar el artículo 62 y habrá que atenerse a la regla general que regula dicha facultad en

⁶⁰⁹ V. VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Art. 62. Resolución por incumplimiento», en Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pgs. 485 y 486. Para este autor, «la parte que no incumplió ya no puede resolver, sea la parte concursada o la parte in bonis».

⁶¹⁰ La crítica fue apuntada por MARTÍNEZ FLOREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., pg. 60, n. 3.

⁶¹¹ En este sentido, STS 11.10.2011, (R. 1457/08), en el *ADCo*, 26, pgs. 578 y 579, reconoce que las obligaciones susceptibles de ser resueltas en interés del concurso o por incumplimiento son únicamente las recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte (arts. 62.1 y 61.2 LC). También, la SAP Vizcaya (4ª), 14.4.2011, *ADCo*, 26, pg. 601.

⁶¹² Así, lo advierte también, VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Art. 62. Resolución por incumplimiento», en Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pg. 486, n. 2.

el artículo 1124 del Código Civil⁶¹³, y que solo podrá ejercerse una vez declarado el concurso en la medida en que no resulte incompatible con las exigencias del procedimiento. Por tanto, si el que cumplió íntegramente fue el contratante *in bonis*, los principios y reglas del procedimiento privarán de eficacia a la resolución por incumplimiento una vez declarado el concurso, mientras que no concurre obstáculo a la resolución cuando el que cumplió totalmente fue el concursado. Y esto será así tanto si el contrato es de ejecución instantánea —compraventa—, como si presenta una ejecución aplazada o periódica —compraventa a plazos o suministro—. Si bien, tratándose de un contrato de tracto sucesivo —v. gr., arrendamiento—, cuando al momento de la declaración de concurso no se haya extinguido por alguna causa —v. gr., transcurso del tiempo o resolución extrajudicial anterior al concurso—, estará pendiente de cumplimiento por ambas partes. Por eso, el legislador solo distingue los incumplimientos anteriores y posteriores a la declaración de concurso con respecto a los contratos de tracto sucesivo, que son habitualmente contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso. En la visión legislativa, si estamos ante contratos íntegramente cumplidos por un contratante, que serán contratos de tracto único, la distinción entre el incumplimiento anterior y el posterior a la declaración de concurso carece de relevancia⁶¹⁴. No obstante, el legislador parece olvidar la posibilidad de que existan contratos de tracto único pero con prestaciones aplazadas (compraventa con precio aplazado). El contrato no puede considerarse en sentido estricto un contrato de tracto sucesivo porque no se dirige a asegurar la satisfacción de una necesidad de forma duradera ni se pactan prestaciones por un tiempo prolongado o indefinido, sino que simplemente una o ambas prestaciones se aplazan total o parcialmente en el tiempo. Es posible, por ejemplo, que el comprador haya pagado una parte del precio y el vendedor aún no haya entregado la cosa cuando se declara el concurso de cualquiera de los contratantes. El contrato estará pendiente de cumplimiento por ambas partes y podrían concurrir incumplimientos anteriores a la declaración de concurso si el vendedor debía entregar la cosa cuando se pagó el primer plazo del precio.

De lo expuesto se deduce una evidente falta de claridad en la normativa, que a nuestro modo de ver deriva tanto del enunciado de una regla general sobre la vigencia del contrato, totalmente innecesaria y que se ha convertido en un elemento de confusión, como de la equívoca distinción entre contratos de tracto único y contratos de tracto sucesivo. En principio, para determinar los efectos del concurso sobre el contrato en caso de cumplimiento íntegro del concursado no se necesita una regla concursal expresa —las mismas consecuencias se preveían bajo el Derecho codificado y no existía norma—, sobre todo si esa regla de alcance general es incompleta, ya que no hace

⁶¹³ En consecuencia, si en el caso de contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes solo es posible la resolución judicial con arreglo al artículo 62, en el caso de contratos pendientes de cumplimiento por un contratante la resolución podría ser judicial o extrajudicial.

⁶¹⁴ Así parece entenderlo también, GARCÍA VICENTE, J. R., «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso», *ADCo*, 13, 2008-1, pgs. 352 y 353.

referencia al supuesto más conflictivo frente al concurso: la facultad de resolución por incumplimiento que el Derecho común reconoce al contratante cumplidor⁶¹⁵. Hasta tal punto la norma resulta imprecisa que se ha llegado a entender que es aplicable a todo tipo de contratos, incluidos los contratos unilaterales, si bien, en estos contratos solo una parte resulta obligada, de modo que no es posible que se dé el supuesto de hecho de un contratante que hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y otro que tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo⁶¹⁶.

Si prescindimos de las previsiones de la Ley Concursal para los contratos pendientes de cumplimiento solo por una parte, resultaría que en aplicación de las reglas generales existe un crédito por la contraprestación que ingresará en la masa activa del procedimiento, de modo que la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado con la conformidad de los administradores concursales, en caso de intervención⁶¹⁷, podrán ejercer las acciones correspondientes para exigir el cumplimiento o, en su caso, la resolución del contrato por incumplimiento, con indemnización de daños en ambos casos —art. 1124 CC—.

Al tratarse de acciones de carácter patrimonial⁶¹⁸, la normativa contempla una legitimación subsidiaria de los acreedores que no se dará con facilidad, ya que se

⁶¹⁵ Desde esta perspectiva resultaban más precisas tanto la norma contenida en el Anteproyecto de 1983 (art. 174), como la contenida en la propuesta de Anteproyecto de 1995, que no distinguen entre obligaciones recíprocas pendientes de ejecución por un solo contratante o por ambas partes. Además, en el caso de la propuesta, la norma general no se ciñe a los contratos bilaterales, sino que es aplicable a todo contrato pendiente de ejecución total o parcialmente, y se dirige a reconocer a los síndicos o al deudor, con la autorización de los interventores, la facultad de resolver el contrato. V. ROJO, A., «Materiales para la reforma de la legislación concursal», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento al n.º 1768, de 15 de febrero de 1996, pg. 38.

⁶¹⁶ V. MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal)», cit., pgs. 2959 y 2960. Este autor afirma que «si quien ha cumplido al tiempo de la apertura del concurso es el concursado, este podrá exigir el cumplimiento a la otra parte. [...] en tanto la Ley Concursal no distingue a estos efectos entre unos contratos u otros, da a entender que [...] este número 1 del artículo 61 resulta asimismo aplicable a los contratos unilaterales». Ahora bien, una cosa es que la Ley Concursal no distinga a efectos de que la parte cumplidora pueda exigir el cumplimiento entre los contratos bilaterales y los unilaterales, lo cual no es conforme al argumento literal, y otra muy diferente, como veremos, es que las soluciones previstas para los contratos bilaterales cumplidos íntegramente por una parte y pendientes de cumplimiento total o parcial por la otra sean susceptibles de aplicarse a otros contratos como los unilaterales, según han entendido también los jueces de lo mercantil, v. SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», *ADCo*, 18, 2009-3, pgs. 429 y 430. Esto reafirma nuestra opinión en el sentido de que nos encontramos ante una regla innecesaria, en cuanto que deriva de la aplicación de normas generales, y distorsionadora, en cuanto que, solo contiene una solución parcial, la relativa a la posibilidad de exigir el cumplimiento.

⁶¹⁷ En este supuesto, la administración concursal tiene una legitimación subsidiaria para el ejercicio de las acciones, «cuando estime conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla», si bien necesitará autorización del juez del concurso para interponerla (art. 54.2 en relación con el art. 188 LC).

⁶¹⁸ No obstante, aunque las acciones sean de índole personal, el concursado necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir, «cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio», es decir, cuando el proceso tenga trascendencia para la

requiere la concurrencia de determinados requisitos: que los acreedores hubieran instado por escrito a la administración concursal su ejercicio, señalando las pretensiones concretas en que consista y su fundamentación jurídica, y que ni el concursado, en su caso, ni la administración concursal ejerciten la acción dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. Por otra parte, si se ejerce esta acción subsidiaria, los acreedores deberán litigar a su costa en interés de la masa y, solo cuando la demanda fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que esta sea firme (art. 54.4 LC)⁶¹⁹.

En definitiva, si la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 62 de la Ley Concursal se refiere únicamente a los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso, cuando el contrato ha sido cumplido íntegramente por el concursado y solo está pendiente de cumplimiento total o parcial por el contratante *in bonis*, en aplicación de las normas generales, la acción correspondiente por el cumplimiento o la resolución deberá ejercerse ante la jurisdicción civil competente según las reglas objetivas de distribución de atribuciones (arts. 45, 46 y 47 LEC), ya que la competencia del juez del concurso con respecto a las acciones civiles con trascendencia patrimonial exige que se trate de acciones que se dirijan *contra* el patrimonio del concursado (art. 8.1.º LC)⁶²⁰.

Por otra parte, y desde un punto de vista sustantivo, habrán de concurrir los requisitos legales y jurisprudenciales para la resolución. No solo se requiere que el demandante haya cumplido, sino que debe concurrir un incumplimiento resolutorio en el demandado. Para ello, será preciso tener en cuenta si el cumplimiento de las prestaciones recíprocas se pactó simultáneo o diferido. En el primer caso, el cumplimiento del concursado o bien determinará el incumplimiento de la parte *in bonis*, cuando el término fuera esencial, o bien la colocará en situación de mora (art. 1100-III CC) y podrá producirse la resolución si no hay cumplimiento conforme a lo pactado. En el segundo caso, aunque el concursado haya cumplido, no podrá concurrir un

masa activa. V. BELLIDO, R., «Art. 54. Ejercicio de las acciones del concursado», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 1023 y 1024.

⁶¹⁹ V. SALELLES, J. R., «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: [consideraciones sobre el régimen establecido por el artículo 61 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio)]», en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a M. Olivencia*, vol. III, cit., pgs. 3155 y ss, en especial, pg. 3163. En el mismo sentido, CLEMENTE, M. E., «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», *ADCo*, 10, 2007, pgs. 203 y ss, en especial, pg. 207.

⁶²⁰ Ahora bien, si se diera una demanda reconvenzional que afectara al patrimonio del deudor (v. gr., se demanda el cumplimiento del contrato, el pago del precio o la entrega de la cosa, y el demandado exige los daños producidos por el retraso en la entrega de la cosa o alega la nulidad de la venta y pide que así se declare), entraría en juego la atribución de jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso y el deber de abstención impuesto por la ley a los demás jueces del orden civil (art. 8 en relación con el 50.1 LC). V. CALDERÓN, P., «Art. 8. Juez del concurso», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 298.

incumplimiento resolutorio en la parte *in bonis* hasta que, llegado el día de vencimiento de su obligación, esta no cumpla o esté dispuesta a cumplir. Así, en una compraventa al contado, la entrega de la cosa por el vendedor o del precio por el comprador coloca a la otra parte en situación de mora o de incumplimiento. En cambio, en una compraventa a plazos solo habrá incumplimiento del comprador *in bonis* cuando deje de pagar los plazos a su vencimiento.

2.1. Las acciones contractuales dirigidas al cumplimiento o a la resolución del contrato en tramitación al momento de la declaración de concurso

Si la demanda relativa al cumplimiento o la resolución del contrato se interpuso por el deudor posteriormente concursado con anterioridad a la apertura del procedimiento concursal será de aplicación el artículo 51 de la Ley, de modo que los juicios declarativos en los que el deudor sea parte⁶²¹ y que se encuentren en tramitación⁶²² al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia. El procedimiento declarativo en curso se tramitará de forma independiente

⁶²¹ A diferencia de lo previsto para el supuesto de que la acción se ejercite después de la declaración de concurso, donde si el deudor es demandado se aplica el art. 50 LC y si es demandante el art. 54 LC, cuando la acción se ejercita antes de la declaración de concurso, el art. 51 LC se aplica tanto si el deudor es parte demandante como parte demandada en el proceso pendiente.

Por otro lado, de los arts. 51 y 54 parece derivarse una falta de sincronía. Si el primero se aplica cuando existe un procedimiento judicial en tramitación, esta circunstancia se producirá también cuando se haya dictado sentencia en primera instancia que no sea firme, por ser susceptible de recurso, y el proceso continuará hasta que se produzca una resolución firme. En caso de intervención, el deudor conservará su capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio, y no precisará dicha autorización para presentar el correspondiente recurso. En cambio, el art. 54 LC, al regular el ejercicio de acciones del concursado una vez declarado el concurso, dispone, aún en caso de suspensión, si se trata de acciones de índole personal, que el deudor «precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, [...] cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio». Y en caso de intervención, que el deudor «necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio». A nuestro modo de ver, el legislador distingue entre dos tipos de recurso: los que se plantean contra decisiones judiciales que resuelven demandas presentadas por el deudor antes de la declaración de concurso (art. 51), y que pueden ser interpuestos por el deudor sin necesidad de autorización de la administración concursal, y los que se plantean contra decisiones judiciales que resuelven demandas presentadas por el deudor después de la declaración de concurso (art. 54), que solo pueden ser interpuestos por el deudor con autorización de la administración concursal. V., al respecto, MARÍN LÓPEZ, M. J., «Art. 51», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Madrid, 2004, pgs. 486 y 487.

⁶²² Para la doctrina procesalista, la litispendencia con todos sus efectos se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida (art. 140 LEC). De modo que el art. 51 LC se aplica tanto si el día de la declaración de concurso existe ya una demanda judicial que ha sido admitida, cuanto si la demanda se presentó antes de la declaración de concurso, pero es admitida con posterioridad a dicha declaración. V. BELLIDO, R., «Art. 51. Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 1004; y MARÍN LÓPEZ, M. J., «Art. 51», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, cit., pgs. 484 y 485.

hasta que concluya de manera definitiva, mediante una resolución judicial firme⁶²³, que vinculará al juez del concurso, el cual deberá dar a tales resoluciones el tratamiento que corresponda (art. 53.1 LC).

Junto a la regla general de la tramitación independiente, el legislador prevé que excepcionalmente «se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores». Tales procedimientos, una vez acumulados, «continuarán su tramitación ante el juez del concurso, por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia» (art. 51.1-II y III LC).

Esta norma excepcional procede de la profunda reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. La excepción sustituye a la posibilidad que con carácter general contemplaba la normativa de acumular al procedimiento concursal aquellos procesos que fueran competencia del juez del concurso (art. 8 LC), se estuvieran tramitando en primera instancia, y «respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores». Ante esa facultad de acumulación reconocida al juez del concurso, la doctrina consideraba que cuando el deudor actuaba como demandante, ejercitando una pretensión de tutela jurídica de contenido patrimonial, en primer lugar, no existía razón alguna para que el proceso no pudiera seguir en su fase de ejecución con el fin de incorporar lo obtenido a la masa activa del concurso (v. gr., la prestación a cargo del contratante *in bonis* si se optó por el cumplimiento o la restitución de lo entregado por el concursado si se optó por la resolución, más la correspondiente indemnización por daños en ambos casos). En segundo lugar, que «no sería posible aplicar la norma sobre acumulación prevista en el precepto porque los juicios seguidos por el concursado frente a terceros no entran dentro de la competencia del juez del concurso, requisito este cuyo cumplimiento es imprescindible»⁶²⁴.

⁶²³ Que, a pesar del tenor literal de la norma, no tendrá que ser necesariamente una sentencia, ya que si se produce el desistimiento de la acción o el concursado obtiene una satisfacción extraprocésal de sus pretensiones, el juez dictará auto de sobreseimiento o de terminación del proceso, el cual tendrá los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme. V. MARÍN LÓPEZ, M. J., «Art. 51», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, cit., pg. 487.

⁶²⁴ V. CORDÓN MORENO, F., «Art. 51. Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes», en Cordon Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pgs. 422 y 423. También, BELLIDO, R., «Art. 51. Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg.1005.

Sin embargo, esta opinión no era pacífica, ya que se entendió que la Ley Concursal no establecía ninguna limitación en esta materia, por lo que era posible la acumulación tanto si el concursado ocupa la posición de demandado en el proceso declarativo, como si actúa en él como demandante. Así parecía deducirse de la referencia que contenía el artículo 51 a que el juez del concurso considerase que la resolución de ese proceso declarativo *tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de*

Tras la reforma la posibilidad de acumulación se ha visto reducida a determinados juicios declarativos contra el deudor: los que en reclamación de daños y perjuicios a la concursada se dirijan contra sus administradores, liquidadores o auditores, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista. En consecuencia, no cabe plantearse la acumulación al concurso de los juicios declarativos iniciados por el propio concursado.

Por otra parte, el proceso que continúa tramitándose de forma independiente se verá afectado por la declaración de concurso, en la medida en que esta produce determinados efectos sobre la posición del deudor demandante (aunque a estos efectos resulta indiferente la posición que ocupe el deudor en el proceso declarativo). En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a este en el procedimiento judicial en trámite⁶²⁵. El concursado quedará excluido del proceso y ocuparán su posición los administradores concursales. No obstante, la Ley permite que, cuando concurren determinadas circunstancias⁶²⁶, el deudor pueda mantener su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado. En caso de intervención, el deudor conservará su capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal para desistir, allanarse, total o

acreedores, y dado que el proceso declarativo singular tendrá trascendencia sustancial sobre la formación del inventario en el caso de que el concursado ocupe en ese proceso singular la posición de demandante, y sobre la lista de acreedores, si el concursado ocupa la posición de demandado, v., MARÍN LÓPEZ, M. J., «Art. 51», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, cit., pgs. 491 y 492.

En nuestra opinión, debían tenerse en cuenta dos apreciaciones: por una lado, que la ley solo consideraba acumulables los procedimientos que sean competencia del juez del concurso *según lo previsto en el artículo 8*, y dentro de ese precepto solo se contemplan los procedimientos declarativos que se dirijan *contra* el patrimonio del concursado, es decir, aquellos en los que el concursado sea demandado. Por otro lado, que el proceso declarativo singular en el que el deudor ocupe la posición de demandante podrá tener trascendencia sustancial no solo sobre la formación del inventario, sino también sobre la lista de acreedores. Así, si el contrato fue parcialmente cumplido por el contratante *in bonis* y totalmente cumplido por el concursado y el deudor ejerció la facultad resolutoria con anterioridad a la declaración de concurso, el ejercicio de la acción tendrá trascendencia sustancial no solo para la masa activa, sino también para la masa pasiva, de ahí que sea, en todo caso, el juez del concurso, el que deba dar a las resoluciones que se alcancen en esos procedimientos el tratamiento concursal que corresponda. No obstante, si se tomaba en consideración que el art. 183.4.º solo contempla la posibilidad de acumulación en relación con *los juicios declarativos contra el deudor*, no parece que resultara admisible la acumulación de procesos declarativos promovidos por el propio concursado contra terceros, v. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La «vis atractiva» del proceso concursal*, Thomson-Civitas, (Estudios de Derecho concursal, 11), Pamplona, 2007, pgs. 287 y ss.

⁶²⁵ De modo que, cuando el procedimiento tenga por objeto un bien o derecho de índole estrictamente personal, el concursado podrá desistir, allanarse o transigir por sí mismo, a no ser que la materia objeto de litigio pueda afectar a la masa activa, en cuyo caso necesitará la autorización de los administradores concursales para realizar actos de disposición procesal. La administración concursal que sustituye al deudor en el procedimiento judicial en trámite necesitará a su vez la autorización del juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios.

⁶²⁶ Que el deudor garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar actuaciones procesales que correspondan a la administración concursal con autorización del juez —v. gr., desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir—.

parcialmente, y transigir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio, lo cual ocurrirá si lo que se ha ejercido es una acción para exigir el cumplimiento o la resolución de un contrato (art. 51.2 y 3 LC).

3. El contrato pendiente de ejecución por el contratante concursado.- La norma concursal y la problemática en torno a la resolución por incumplimiento

Cuando, declarado el concurso, el contratante *in bonis* cumplió las obligaciones a su cargo y el contrato solo está pendiente de ejecución total o parcial por el concursado, el primero será titular de un crédito que deberá comunicar en el concurso y entrará a formar parte de la masa pasiva del procedimiento, para satisfacerse con arreglo al convenio o en el porcentaje correspondiente de la liquidación. En caso de concurso del comprador, si el vendedor ya había cumplido con sus obligaciones y solo el comprador tenía pendiente de cumplimiento total o parcial las recíprocas a su cargo, el crédito del vendedor por el precio se incluirá en la masa pasiva del concurso. El vendedor figurará como acreedor concursal por la parte del precio pendiente al ser declarado el concurso. En caso de concurso del vendedor, si el comprador ha satisfecho el precio de la compraventa en su totalidad y el vendedor concursado no ha hecho entrega del bien, se hubiera o no alcanzado el momento estipulado en el contrato para la entrega antes de la apertura del procedimiento, su crédito por la entrega deberá ser incluido en la lista de acreedores que elabora la administración concursal, para ser satisfecho cuando le corresponda por el orden legal. A estos efectos el crédito se computará por el valor del bien en la fecha de la declaración de concurso (art. 88.3 LC). Esta es la solución que contempla el artículo 61.1 de la Ley Concursal. Ahora bien, en este supuesto, la regla de la vigencia del contrato parece tener mayor trascendencia que en el caso de cumplimiento íntegro del concursado, ya que a priori conlleva una solución que se aparta de las normas generales. Desde el punto de vista contractual, al establecer que la deuda frente al concursado y a favor del contratante *in bonis* cumplidor se incluya en la masa pasiva del concurso, se está originando una ruptura del equilibrio propio de las obligaciones en las relaciones de carácter bilateral o sinalagmático, ya que en tanto el concursado ha recibido la prestación íntegra conforme a lo pactado, por virtud de la declaración de concurso, el contratante *in bonis* solo recibiría un «cumplimiento» en los límites del convenio y en la medida de la liquidación. Por otro lado, la norma aparece como un elemento distorsionador, no solo porque esa solución se alcanzaría igualmente por aplicación de las reglas generales, sino porque no se pronuncia sobre la facultad del contratante *in bonis* de exigir el cumplimiento o la resolución del contrato por incumplimiento⁶²⁷.

⁶²⁷ En determinadas circunstancias al concurso le podría interesar cumplir el contrato. Así, en caso de concurso de vendedor, en contratos de compraventa de viviendas, cuando los compradores hubieran pagado la totalidad del precio, al concurso le interesaría poder entregar las viviendas, en principio, porque difícilmente podrá encontrar otros compradores (especialmente en la situación actual del mercado inmobiliario), pero, sobre todo, porque mientras permanecen en la masa generan créditos contra esta por su mantenimiento. Por tanto, es posible que la solución legal no coincida con el interés del concurso y se limiten las posibilidades de actuación no ya del contratante *in bonis*, sino del concursado intervenido o de la administración concursal con respecto al contrato, ya que la norma no prevé mas solución que convertir

En cuanto a la cuestión de si el contratante no concursado podría hacer uso de la facultad de resolución que el artículo 1124 del Código Civil reconoce al contratante cumplidor frente al incumplimiento de la otra parte⁶²⁸, como hemos visto, la Ley Concursal solo regula la resolución por incumplimiento con respecto a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes por ambas partes (art. 62). En relación a los contratos pendientes solo por un contratante, ante la ausencia de un pronunciamiento legal expreso, sería posible aplicar el régimen general del Derecho civil para los contratos con obligaciones recíprocas. A nuestro modo de ver, la interpretación literal de las normas, dado que se trata de reglas especiales, debe ser —en la medida de lo posible— el criterio prioritario, y de la literalidad del artículo 62 se extrae que «la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes» cuando dicha resolución se ajuste a determinados requisitos sustantivos y procesales. Desde el punto de vista procesal, la resolución se sustanciará ante el juez del concurso y por los trámites

el crédito del contratante *in bonis* en un crédito concursal. En este sentido, el legislador ha atribuido una facultad excepcional a la administración concursal con relación a determinados contratos relevantes para el mantenimiento de la actividad profesional o empresarial del deudor (v. gr., contratos de préstamo y demás de crédito o contratos de adquisición de bienes con precio aplazado). Si tales contratos hubieran sido resueltos en los tres meses precedentes a la declaración de concurso, la administración concursal podrá rehabilitarlos pagando o consignando inmediatamente las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y asumiendo los pagos futuros con cargo a la masa. Pues bien, por un lado llama poderosamente la atención que un vendedor a plazos que resolvió antes del concurso obtenga un cumplimiento íntegro con cargo a la masa, mientras que un vendedor a plazos que optó por el cumplimiento y la conservación del negocio obtenga un crédito concursal; por otro, no se comprende bien por qué si se trata de contratos instrumentales para el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, cuando el contrato no ha sido resuelto antes del concurso, la administración concursal no cuenta con la posibilidad de satisfacer las cuotas correspondientes con cargo a la masa, o incluso resolverlo en interés del concurso cuando ha dejado de tener utilidad para el procedimiento ante el cese de la actividad y el cierre de los establecimientos. La norma no parece bien incardinada en la regulación de los efectos sobre los contratos. Si dicha regulación ha de venir dirigida por el interés del concurso (el cual determina su resolución, su mantenimiento o su rehabilitación) debe permitir obtener de estos elementos del activo patrimonial la máxima utilidad para la consecución de los fines concursales y la satisfacción de los acreedores.

⁶²⁸ La solución contraria al ejercicio de la resolución se mantenía ya bajo el derecho de quiebras anterior como expone la STS 27.4.2009, (R. 963/04), en el *ADCo*, 18, 2009-3, pgs. 538 a 542, para un supuesto de contrato de permuta de solar por vivienda futura, donde concurría cumplimiento del permutante *in bonis* e incumplimiento de la quebrada constructora y adquirente del solar. El Tribunal, si bien reconoce la posición más débil del transmitente del solar por la desventaja que supone desprenderse de su propiedad sobre lo transmitido, afirma que no dispone más que de un derecho de crédito a incluir en la masa pasiva del concurso, sin que pueda ejercer la facultad de resolución por incumplimiento y obtener la restitución del bien al margen de la quiebra. En esta resolución se citan otras dos: de 23.4. 2003, (R. 2810/1997), sobre resolución de un contrato de ejecución de obra con cumplimiento íntegro del contratista *in bonis*, y de 28.4.2000, sobre un contrato de compraventa a plazos con reserva de dominio no inscrita en caso de suspensión de pagos de la compradora. En el primer supuesto el Tribunal considera que el contratante que ha cumplido totalmente sus prestaciones antes de la declaración de quiebra de su deudor no puede, después de haberse iniciado el procedimiento concursal, solicitar la resolución del contrato en base al impago de este de parte del precio convenido. En el segundo caso, se rechaza que la vendedora recurrente pueda ostentar la condición de acreedor singularmente privilegiado con derecho de abstención en la suspensión de pagos del comprador, ya que el contrato no se encontraba inscrito en el Registro correspondiente (art. 23 Ley 50/1965 sobre Ventas de Bienes Muebles a Plazos).

Esta doctrina jurisprudencial ha sido acogida por los juzgados de lo mercantil, v., entre otras, la SJM 6 Madrid, 23.4.2010, (A. 292/09), en el *ADCo*, 22, 2011-1, pg. 651.

del incidente concursal. Desde el punto de vista sustantivo, se ejercerá por incumplimientos posteriores a la declaración de concurso y por incumplimientos anteriores cuando se trate de contratos de tracto sucesivo, podrá enervarse atendiendo al interés del concurso, y sus efectos se limitarán a lo previsto en la normativa (art. 62.4 LC). En consecuencia, cuando el contrato esté pendiente de cumplimiento por una parte, «la facultad resolutoria se verá afectada por el concurso». Del artículo 62.1 de la Ley Concursal no puede deducirse ni que el ejercicio de la resolución por incumplimiento se excluye cuando el contrato solo esté pendiente por un contratante ni que en los contratos pendientes por una parte el ejercicio de la resolución conforme a las reglas generales (art. 1124 CC) no se verá afectado por la declaración de concurso. De ahí que el correcto planteamiento de esta cuestión exija abordar con carácter previo la configuración legal y jurisprudencial de la facultad de resolución por incumplimiento, lo que nos permitirá no solo determinar si la situación concursal podría fundar un incumplimiento resolutorio, sino también fijar su naturaleza para poder analizar posteriormente su ejercicio dentro del concurso.

3.1. Configuración jurídica de la facultad de resolución por incumplimiento

El artículo 1124 del Código Civil establece la facultad de resolución del contrato como una consecuencia fundamental del carácter recíproco de la obligación que se impone por razones de equidad. Si los contratantes se encuentran recíprocamente obligados, el incumplimiento de una parte libera a la otra de cumplir su obligación.

En relación con sus orígenes, los autores coinciden en admitir que el Derecho romano desconoce una acción de resolución fundada en el incumplimiento del contrato, si bien para la compraventa se preveía la posibilidad de pactar expresamente la resolución del contrato en caso de que el comprador no pagara el precio⁶²⁹. Así, entre los precedentes históricos del Derecho español, parece que el Derecho visigodo admitía una cláusula semejante a la *lex commissoria* romana, por la que comprador y vendedor podían acordar la resolución del contrato por falta de pago del precio dentro del plazo establecido. De forma semejante, con arreglo al Fuero Real, si se hubiera pagado el precio o una parte de este, ninguna de las partes podía resolver el contrato, salvo pacto expreso en contra⁶³⁰. Ahora bien, aunque en la práctica se generalizase el pacto de *lex commissoria*, será preciso esperar a la doctrina canonista para que la posibilidad de

⁶²⁹ V. ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1986, pgs. 12 a 21. Ahora bien, este autor afirma que frente a las tesis que conectan el origen de la resolución por incumplimiento a la generalización que experimentó en el Derecho consuetudinario francés la *lex commissoria* romana, prevalecen aquellas otras concepciones que vinculan este instituto al Derecho canónico y al régimen de los contratos innominados del Derecho justiniano, v., en la obra citada, pg. 38. En el mismo sentido, Díez Pícazo, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, pg. 810.

⁶³⁰ V. FERNÁNDEZ ESPINAR, R., «La compraventa en el derecho medieval español», *AHDE*, 1955, pgs. 293 y ss, en especial, pgs. 338, 339, 373 y ss. También, ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pgs. 21 a 28.

resolver el contrato con obligaciones recíprocas constituya un principio de alcance general, en el que la medida se concibe como una sanción para aquel contratante que no ha actuado de conformidad con la palabra dada.

Con la codificación, la facultad resolutoria se regula como una «condición resolutoria sobreentendida en los contratos sinalagmáticos»⁶³¹. El artículo 1124 del Código Civil español no solo se inserta en la sección dedicada a las obligaciones condicionales, sino que su tenor literal permite deducir que esa condición *se encuentra implícita* en todas las obligaciones recíprocas. Ello dio origen a considerables debates doctrinales sobre la naturaleza de la acción⁶³² en los que la generalidad de la doctrina reaccionó en contra de la configuración legal de la resolución en base a la condición resolutoria tácita o pacto comisorio tácito⁶³³.

Por otra parte, la influencia canónica propicia una fundamentación sancionatoria del instituto que, a pesar del silencio de los códigos, conduce a configurar la resolución por incumplimiento en torno al requisito esencial de la culpa del deudor⁶³⁴.

⁶³¹ V., art. 1184 del Código Civil francés o 1165 del Código Civil italiano de 1865. ÁLVAREZ VIGARAY, en *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pgs. 41 a 65, ofrece un estudio comparado de la figura del que se deduce que, mientras en Derecho francés el Ordenamiento prevé esencialmente una resolución de carácter judicial y eficacia retroactiva real, salvo las excepciones expresamente contenidas en la Ley; en Derecho italiano, a raíz del *codice civile* de 1942, se regula —arts. 1453 a 1459— una facultad de resolución que puede ejercerse por intimación al deudor —art. 1454—, y con retroactividad meramente obligatoria, que limita sus efectos a los contratantes —art. 1458—. Por su parte, el Derecho alemán y, en general, las legislaciones de inspiración germánica recogen un procedimiento que permite la resolución de derecho del contrato y en el que el juez se limita a constatar o comprobar la efectividad del incumplimiento.

⁶³² V. TRAVIESAS, M., «Obligaciones recíprocas», cit., pgs. 273 a 277; y ÁLVAREZ VIGARAY, R., en *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pgs. 67 a 97. También, ESPINAR LAFUENTE, F., «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», cit., pgs. 116 a 121.

⁶³³ V., entre otros, FOIGNET y DUPONT, *Manuel élémentaire de droit civil*, vol. II, cit., pg. 115; y COLIN, A., y CAPITANT, H., *Cours élémentaire de droit civil français*, vol. II, París, 1921, pgs. 344 y ss. También, DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 812.

Si el juego de la condición en la relación obligatoria es obra de la voluntad de las partes, y se concibe como un acontecimiento futuro e incierto recogido expresamente en el contrato y del que se hace depender su eficacia, parece claro que no nos encontramos ante una verdadera condición. En principio, porque resulta difícil concebir el incumplimiento como un evento condicional, ya que no es un evento externo, sino que está *in obligatione*, pero, además, porque las consecuencias del mismo no dependen de la voluntad de los contratantes y no se producen de modo automático. Es el Ordenamiento el que atribuye en caso de incumplimiento a uno de los contratantes la «facultad» jurídica de optar entre la ejecución forzosa del contrato o su resolución judicial, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos.

⁶³⁴ En Italia, el cambio legislativo, que como normalmente acontece se gesta primero en la doctrina y posteriormente en el ámbito jurisprudencial, no deja lugar a dudas. El Código Civil de 1942 se ocupa de la resolución por incumplimiento en el Capítulo XIV, dedicado a la resolución del contrato. Este capítulo se divide en tres secciones, la primera dedicada a la resolución por incumplimiento, la segunda relativa a la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la tercera a la resolución por excesiva onerosidad de la prestación. El legislador italiano prescinde de toda referencia a la condición y evita cualquier alusión a la culpa del deudor —art. 1453—.

3.1.1. La culpa como requisito de la resolución

Este requisito tropieza con serias dificultades en aquellos supuestos en los que la justicia material exige reconocer a la parte cumplidora la posibilidad de valerse de la resolución aunque la situación de la otra parte no pueda calificarse de incumplimiento culpable —v. gr., cuando la ley o la voluntad de la partes imponen la resolución en caso de que el deudor no cumpla, con independencia de que actuara o no con culpa, art. 329 CCom—. La propia normativa parece prever un incumplimiento con ausencia de culpa al facultar al «perjudicado para pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible»⁶³⁵. El precepto legal —art. 1124 CC— «faculta» al perjudicado para elegir entre «el cumplimiento o la resolución de la obligación», y, difícilmente, forzar al cumplimiento puede considerarse una verdadera sanción. Las sanciones, en todo caso, habría que buscarlas en la resolución y el resarcimiento de los daños, una medida que es posible también si se opta por el cumplimiento.

La explicación más razonable de la concepción fundada en el incumplimiento culpable, especialmente en el ámbito jurisprudencial, es aquella que considera que se dirige a dificultar el acceso a la resolución, favoreciendo su aplicación restringida, en base al principio de conservación de los negocios. Si la normalidad jurídica se halla en el cumplimiento, la posibilidad de resolver el contrato entra dentro del funcionamiento anormal de la obligación. La exigencia de la culpa como requisito esencial del incumplimiento resolutorio y la carga de su prueba sobre el perjudicado dificultan el acceso a la resolución por parte del contratante cumplidor⁶³⁶.

Ahora bien, al margen de la concepción sancionatoria, también se ha exigido la culpa, aunque desde una perspectiva diferente, es decir, tratando de facilitar la prueba al perjudicado y, en definitiva, el acceso a la resolución. Se entiende que la culpa es requisito esencial de la resolución en cuanto elemento constitutivo del incumplimiento. Todo incumplimiento es por esencia culpable e imputable al deudor o no es incumplimiento. Al perjudicado le basta con probar el incumplimiento, en el cual se presume la culpa, y será el contratante incumplidor el que debe probar la ausencia de culpa⁶³⁷. En estos términos, se configura una concepción estricta del incumplimiento,

⁶³⁵ Para los partidarios del incumplimiento culpable se trataría de un supuesto excepcional por el que el legislador permite exigir responsabilidad aunque no concurra culpa del deudor. Un caso expresamente mencionado en la Ley tal y como exige el art. 1105 CC., v. PUIG PEÑA, F., «La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral», cit., pgs. 20 a 23.

⁶³⁶ Si opta por el cumplimiento, el perjudicado solo debe probar la falta de cumplimiento, y será el contratante incumplidor el que deberá demostrar que no cumplió con su obligación por circunstancias ajenas a su voluntad. En cambio, si opta por la resolución, el perjudicado deberá probar además de la falta objetiva de cumplimiento, la culpa del incumplidor. Al exigir al perjudicado que alegue y pruebe la culpa en el incumplidor se hace más oneroso el recurso a la resolución y se favorece su aplicación restringida, v. PUIG PEÑA, F., «La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral», cit., pgs. 24 y ss.

⁶³⁷ En principio, la interpretación sancionatoria parte de una concepción amplia de la culpa que alberga desde el dolo a la mera negligencia. Desde el proceso deliberado e intencionado de incumplir a la falta de

que no de la resolución, que solo considera su existencia cuando hay culpa y la falta de cumplimiento de la obligación es imputable al deudor. No obstante, aunque la prueba de la culpa ya no constituya una carga para el contratante cumplidor, no cabe duda de que, desde esta concepción, la culpa se entiende más como un límite del incumplimiento que como un elemento fundamental de la resolución del artículo 1124 del Código Civil⁶³⁸. Esta tesis se revela, por tanto, intrínsecamente contradictoria. Además, si bien no está condicionada por la idea de conservación de los negocios que restringe el ejercicio de la resolución, sí que aparece limitada por dos prejuicios: la necesidad de excluir a priori el caso fortuito y la fuerza mayor del incumplimiento resolutorio⁶³⁹ y una configuración de la bilateralidad y la reciprocidad condicionada por la visión causalista imperante, que se dirige a atribuir a estos contratos un ámbito más restringido, limitando la aplicación de sus consecuencias jurídicas.

previsión o negligencia en la actuación del incumplidor. De manera que cuando la jurisprudencia habla de verdadero y propio incumplimiento, quiere significar precisamente esto, un incumplimiento culpable, es decir, que descansa en causas imputables al deudor, desde el dolo más determinante, la «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento», hasta las situaciones de mera imprudencia, negligencia o descuido en el marco específico de la obligación convenida. V. PUIG PEÑA, F., «La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral», cit., pgs. 139 y ss. Para este autor incumplir significa incumplir culpablemente, sin que pueda distinguirse entre incumplimientos culposos y no culposos. Las acciones de cumplimiento e incumplimiento implican un proceso volitivo que nos describe el ánimo con el que procede el contratante frente al vínculo contractual y, en concreto, frente a la situación de deber que asume en la obligación. El incumplimiento en sentido técnico es culpable o no es incumplimiento. Esta concepción sancionatoria y estrictamente penal de la culpa exige, en todo caso, que el perjudicado pruebe la culpa del incumplidor.

Frente a ello, hay autores para los que la resolución no tiene carácter sancionatorio y al demandante le basta con alegar el hecho del incumplimiento, por su propia esencia culpable e imputable, para que sea el demandado el que habría de probar su inculpabilidad, v. ESPINAR LAFUENTE, F., «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», cit., pg. 139; y JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Madrid, 1992, pg. 94. También, ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pgs. 147 y ss, en especial, pg. 169.

⁶³⁸ Así lo reconoce ESPINAR LAFUENTE, en «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», cit., pg. 140.

⁶³⁹ Con lo que se incurre en un peligroso juego de palabras, ya que los casos de imposibilidad sobrevenida fortuita no serían realmente supuestos de incumplimiento, sino de no cumplimiento de la obligación. Ahora bien, ¿porqué habla entonces el art. 1124 de «no cumplimiento»? y, sobretodo, ¿cómo explicar el último párrafo del apartado segundo del art. 1124, que recoge la posibilidad de que el perjudicado pida la resolución «aun después de haber optado por el cumplimiento, cuanto este resultare imposible»? Solo entendiendo que esa imposibilidad es culpable y, en consecuencia, no es imposibilidad sino incumplimiento. Sin embargo, en tal caso, ¿qué sentido tendría este párrafo? Solo se dirigiría a aclarar que si se intentó el cumplimiento forzoso y este fracasó, aún cabe optar por la resolución.

Para ESPINAR LAFUENTE, por ejemplo, el «no cumplimiento» se identifica con los supuestos de «omisión de la prestación» —v. «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», cit., pg. 130—. Es decir, con los casos que el profesor DÍEZ-PICAZO califica de «no prestación» —v. «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», cit., pgs. 386, 387 y 393. Ahora bien, mientras que para el primer autor la omisión de la prestación acoge los supuestos de término esencial, pero no los de imposibilidad sobrevenida; para el segundo, la «no prestación» incluye tanto el término esencial como la imposibilidad sobrevenida. En definitiva, uno para excluir del 1124 el caso fortuito y la fuerza mayor restringe el incumplimiento, el otro, para incluirlos, amplía la hipótesis de no cumplimiento.

3.1.2. La configuración de la resolución en la jurisprudencia

Desde la perspectiva del principio de conservación de los negocios, la resolución se entiende como un remedio judicial de carácter excepcional. En consecuencia, el incumplimiento habrá de ser especialmente relevante si se pretende justificar una medida tan extrema como es la ruptura del vínculo contractual. De ahí que la problemática de la resolución se centre en determinar la gravedad y trascendencia del incumplimiento. Con este fin, se consolidó en la jurisprudencia el requisito de la «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento». Una exigencia que si bien inicialmente parece considerarse un indicio del que deducir el incumplimiento, dirigido a facilitar la prueba al perjudicado, posteriormente se generaliza hasta convertirse en un elemento necesario e imprescindible del incumplimiento resolutorio.

En principio, la jurisprudencia más tradicional identificó esa «voluntad deliberadamente rebelde» con el dolo del incumplidor. Sin embargo, las objeciones surgidas en la doctrina ante la generalización del requisito del dolo para el incumplimiento resolutorio, conducen a una jurisprudencia más templada. Así, se introduce en las sentencias un dato cargado de objetividad: «el hecho obstativo que de modo absoluto impide el cumplimiento» o la «frustración del fin práctico perseguido por el negocio». De modo que en los últimos años la jurisprudencia española ha venido rechazando la controvertida configuración del incumplimiento resolutorio en torno a la «voluntad rebelde»⁶⁴⁰. No obstante, se ha cuestionado con bastante fundamento que realmente nos encontremos ante una ruptura jurisprudencial respecto de la configuración tradicional de la «voluntad rebelde»⁶⁴¹. De hecho, la práctica jurisprudencial no solo no exigía el dolo como requisito del incumplimiento, sino que ni siquiera recurría a la «voluntad rebelde» como un requisito autónomo e independiente del incumplimiento resolutorio. En la mayoría de los supuestos es posible constatar que se alude a la «voluntad rebelde» con la única finalidad de poder desestimar la resolución en determinados casos especialmente controvertidos de retraso en los que el cumplimiento era todavía posible. Un análisis detenido de la jurisprudencia desvela que tras la «voluntad rebelde» se dan cita los que posteriormente han sido considerados

⁶⁴⁰ JORDANO FRAGA distingue dos corrientes jurisprudenciales: una que conserva un marcado alcance subjetivo, representada por aquellas sentencias que rechazan el total abandono de la terminología tradicional e insisten en la necesidad de una «voluntad obstativa de incumplimiento». Otra, radicalmente objetiva, que se corresponde con aquellas resoluciones que rompen de forma definitiva con la vieja doctrina y, con apoyo en el requisito del «hecho obstativo», prescinden por completo de valoraciones subjetivas —v. JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, cit., pgs. 163 y 164—.

Por su parte, MARTÍNEZ SANCHIZ, en «El incumplimiento resolutorio en la reciente doctrina del Tribunal Supremo», *RJN*, enero-marzo, 1994, pgs. 19 y ss, expone que cada vez son menos frecuentes las sentencias que recogen una concepción subjetiva del incumplimiento y consideran que la resolución deriva de un incumplimiento objetivo «representado por una conducta voluntaria no deliberada ni sanada por justa causa que la origine», v., ob. cit., pgs. 29 y 30.

⁶⁴¹ V. JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, cit., pgs. 57 y ss.

verdaderos requisitos de la resolución: el hecho mismo del incumplimiento, la imputabilidad del incumplimiento al deudor, la gravedad del incumplimiento, la ausencia de abuso en el ejercicio de la facultad resolutoria y la ausencia de incumplimiento del demandante. Ahora bien, al menos dos de estos «requisitos de la resolución», ocultos, en ocasiones, bajo el manto de la «voluntad rebelde», la gravedad del incumplimiento y el ejercicio no abusivo de la acción, derivan directamente del principio general de la buena fe —arts. 7.1 y 1258 CC—, que debe informar el ejercicio de cualquier acción. De manera que, por un lado, no pueden considerarse requisitos esenciales de la acción resolutoria, pues se exigen respecto de cualquier acción y, por otro, más que requisitos, constituyen límites impuestos al ejercicio de las acciones⁶⁴².

Al mismo tiempo, el requisito de la ausencia de un incumplimiento del demandante deriva directamente de la regla del cumplimiento simultáneo que se impone en las obligaciones recíprocas. Si el demandante no ha cumplido o no está dispuesto a cumplir, el incumplimiento de la otra contraparte estaría justificado. Cada parte solo viene obligada a cumplir ante el cumplimiento de la contraparte. Solo el acreedor que cumplió en un contrato bilateral puede considerarse «perjudicado» si la otra parte no cumple. Además, la existencia de un perjuicio, esto es, de un incumplimiento como hecho real y objetivo, requiere que concurra previamente una obligación de cumplimiento. Si el deudor no venía obligado a cumplir —v. gr., porque la obligación se extinguió o porque el acreedor le reclama lo que no debe—, no podrá incumplir. Sin embargo, la necesidad de una obligación de cumplimiento del deudor, como requisito del incumplimiento, no se presenta solo en el incumplimiento resolutorio, sino en cualquier situación de incumplimiento, ya que deriva de la configuración de la relación obligatoria, sea o no recíproca.

En consecuencia, no parece que la jurisprudencia haya establecido exigencias propias y específicas para el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1124 del Código Civil. Los requisitos enumerados no difieren esencialmente de los que se exigen para el ejercicio de cualquier acción jurídica dirigida a la defensa del derecho de crédito frente a una situación objetiva de incumplimiento. Además, en cualquier caso, esos pretendidos requisitos de la resolución funcionan más como límites al ejercicio de la facultad de resolución —*ex post*—, de modo que habrán de ser tenidos en cuenta por los tribunales para determinar si procede o no la resolución en cada caso, que como elementos constitutivos de la resolución —*ex ante*—, lo que exigiría que concurrieran con carácter previo al ejercicio de esta facultad.

⁶⁴² Desde la buena fe se ha rechazado la resolución cuando se producía sobre obligaciones de carácter accesorio o de escasa trascendencia, cuando el demandante ha causado o concausado el incumplimiento, cuando ha demostrado, con anterioridad al ejercicio de la resolución, una actitud de tolerancia hacia el incumplimiento de la contraparte o cuando el ejercicio de la acción esconde una finalidad desviada de la que subyace al negocio, v. JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, cit., pgs. 95 y ss.

En el mismo sentido, los tribunales han acudido también al «interés atendible en la resolución» en un intento de impedir resoluciones contrarias a la buena fe o abusivas, v. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 828.

No obstante, la problemática del incumplimiento resolutorio se centra esencialmente en la imputabilidad del incumplimiento al deudor. Aunque la imputabilidad ya no se esconda tras la «voluntad rebelde» sigue siendo un criterio poco claro. Al lado de sentencias en las que la imputabilidad del incumplimiento ha sido afirmada en vía de máxima, existen otras en las cuales se ha consagrado la idea de que un incumplimiento debido a caso fortuito o fuerza mayor permite también el ejercicio de la resolución⁶⁴³. Además, parece que el propio precepto legal acoge la posibilidad de que no todo incumplimiento sea resolutorio, aun cuando fuera imputable al deudor —art. 1124-III CC—. Aunque el incumplimiento se deba a la culpa o negligencia del deudor, no habrá resolución si concurre una causa justificada que autorice al tribunal para señalar plazo.

3.1.3. La visión objetiva del artículo 1124 del Código Civil

La exigencia de imputabilidad del incumplimiento al deudor se dirige a excluir del ámbito de aplicación del artículo 1124 del Código Civil el caso fortuito y la fuerza mayor. La doctrina ha mantenido que dicho precepto no puede incluir tales circunstancias porque en esos supuestos no sería posible la opción entre el cumplimiento y la resolución, ya que la imposibilidad que acompaña estas situaciones no admite, en ningún caso, optar por el cumplimiento. De modo que, de admitir aquellas circunstancias, más que «aplicar» el 1124 habría que «desaplicarlo»⁶⁴⁴. Sin embargo, esa imposibilidad no es ajena al precepto, es más, esa imposibilidad de cumplimiento que solo admite la opción de la resolución es un supuesto previsto expresamente en el apartado segundo, *in fine*, de la norma. De modo que bien puede entenderse que cuando concurren el caso fortuito y la fuerza mayor, habría que «aplicar» el párrafo segundo del precepto pero en su totalidad, entendiendo que «el perjudicado podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resulte imposible».

Por otro lado, también se ha afirmado que el incumplimiento resolutorio del artículo 1124 siempre es un incumplimiento imputable al deudor, ya que no cabe distinguir en los términos de este precepto entre un incumplimiento imputable y un incumplimiento inimputable. En cambio, la imposibilidad sobrevenida sí puede ser imputable o no al deudor y, cuando el artículo 1124 en su párrafo segundo, *in fine*, alude a la imposibilidad de cumplir la prestación, se está refiriendo a una imposibilidad imputable al deudor. Sin embargo, si razonamos de esta manera, lo que no se entiende entonces es por qué en caso de resolución por incumplimiento el precepto acoge la

⁶⁴³ V., por todos, DÍEZ PICAZO, L., «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», cit., pgs. 390 a 393; y, del mismo autor, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, pgs. 837 a 839.

⁶⁴⁴ V. JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, cit., pgs. 88 y ss; y ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pgs. 155 y 156.

posibilidad del resarcimiento, ya que esta indemnización presupone que ha habido culpa en el incumplimiento, y en caso de imposibilidad imputable, no. Más aun, si se considera la imposibilidad tan culpable como el incumplimiento, no tendría sentido el 1124-II, *in fine*. Si la resolución se ha configurado en ese precepto como una facultad alternativa al cumplimiento, no habría problemas para entender que, intentada la opción del cumplimiento, cuando la prestación deviene imposible por culpa del deudor, aún se puede optar por la resolución⁶⁴⁵.

Ahora bien, si incluimos el caso fortuito y la fuerza mayor entre las situaciones susceptibles de resolución, parece que estamos haciendo responsable a un deudor no culpable. Ello nos enfrenta al artículo 1105 del Código Civil, que exonera de responsabilidad al deudor ante sucesos imprevisibles o inevitables, salvo que la Ley o las partes dispongan expresamente otra cosa. En este sentido, la doctrina que mantiene una concepción sancionatoria del precepto basada en la culpa del deudor considera que la posibilidad de pedir la resolución cuando el cumplimiento resulte imposible —art. 1124-II, *in fine*— constituye una excepción legal al principio general de responsabilidad por culpa⁶⁴⁶. Asimismo, si no se quiere hablar de excepción legal, parece que la única posibilidad de compatibilizar ambos preceptos consiste en entender que la imposibilidad de cumplimiento prevista en el artículo 1124 es una imposibilidad culpable, que no incluye en su ámbito de aplicación las circunstancias imprevisibles e inevitables a las que hace referencia el artículo 1105.

Sin embargo, podría existir una tercera vía interpretativa más acorde con la voluntad manifiesta del legislador. En nuestra opinión, la doctrina se ha preocupado tanto por aclarar lo que el artículo 1124 del Código Civil no dice que, en ocasiones, ha perdido de vista lo que realmente dice. Así, en el párrafo segundo del 1124 lo importante no es que la norma no dice que se responde sin culpa, por lo que habría que entender que se responde con culpa, sino que el legislador establece que en las obligaciones recíprocas ante el incumplimiento de una parte, cuando el cumplimiento es posible, el acreedor puede optar libremente y en base a su interés entre exigir el cumplimiento o pedir la resolución y, cuando el cumplimiento deviene imposible, aún puede ejercerse la resolución⁶⁴⁷. La norma no se ocupa de la culpa porque no está pensando en la responsabilidad general por daños —regulada previamente en el art. 1105—, sino en establecer una responsabilidad especial, que no excepcional, que deriva del carácter recíproco de las obligaciones. Junto a ello, y frente a la especialidad de la

⁶⁴⁵ V., por todos, TRAVIESAS, M., «Obligaciones recíprocas», cit., pgs. 321 y 322.

⁶⁴⁶ V., *supra*, n. 635.

⁶⁴⁷ El profesor DÍEZ-PICAZO dice de una manera muy gráfica que «no se resuelven las obligaciones porque los incumplimientos hayan sido culpables. Se resuelven porque (y cuando) la resolución es un remedio perfectamente razonable (o, incluso, necesario) frente al incumplimiento. Y ello ocurre lo mismo si el incumplimiento es culpable que si no lo es», y considera el hecho de que el 1124 CC «contempla el incumplimiento, pero no su imputabilidad», v. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, pg. 821.

resolución, el resarcimiento de los daños sí estará sujeto a la regla general del artículo 1105, y el deudor quedará exento de los daños si demuestra que el incumplimiento no le es imputable⁶⁴⁸. La resolución y el resarcimiento, aunque van de la mano en este precepto, no tienen idéntico fundamento⁶⁴⁹, y su configuración también es diferente. La primera constituye una responsabilidad especial que se genera en el seno de determinadas obligaciones, las recíprocas; la segunda constituye una responsabilidad general sujeta al requisito de la culpa.

La consideración de la posibilidad o imposibilidad de cumplimiento de la obligación que hace el legislador en el artículo 1124 del Código Civil no atiende a la culpa del deudor, sino a la estructura específica de las obligaciones recíprocas. Tengamos en cuenta que el caso fortuito y la fuerza mayor pueden o no ser un supuesto de imposibilidad. Puede que la circunstancia imprevisible e inevitable que los acompaña haga imposible definitivamente el cumplimiento, puede que la imposibilidad sea solo transitoria o parcial, o que, no obstante esas circunstancias, la prestación aún sea posible. Por eso consideramos que, intencionadamente, el legislador prescinde de todo

⁶⁴⁸ V. PANTALEÓN, F., «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», *ADC*, t. XLIV, julio-septiembre, 1991, pgs. 1019 a 1072. Este autor considera que «la función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria. No tiene una función preventivo-punitiva: no trata de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos». A su juicio, el art. 1105 CC debe interpretarse en el sentido de que el legislador exonera al deudor de la obligación de indemnizar los daños objetivamente imputables a una falta de cumplimiento cuando concurren tres requisitos, definitorios del caso fortuito:

- a. La falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno al ámbito de control del deudor.
- b. La falta de cumplimiento constituye un suceso cuyo acaecimiento no era razonablemente previsible al tiempo de contratar.
- c. La falta de cumplimiento constituye un suceso inevitable, en sí y en sus consecuencias, empleando la diligencia que atendida la naturaleza del contrato y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, correspondería a un buen padre de familia.

Solo cuando falte el tercero de estos requisitos podrá afirmarse que el deudor responde por culpa-negligencia. En los demás casos responde sin culpa. De modo que la culpa no es ni el único ni el principal criterio de imputación subjetiva del incumplimiento.

Para el profesor PANTALEÓN, el deudor responde sin necesidad de culpa-negligencia por su parte. Responde objetivamente de su capacidad financiera para realizar la prestación, salvo excepciones. Sin que pudieran considerarse excepciones a esa responsabilidad objetiva, aunque resultaran imprevisibles o inevitables, los supuestos de suspensión de pagos y quiebra, v., ob. cit., pgs. 1067 y 1070.

⁶⁴⁹ Esta idea parece encontrarse ya en el trabajo del profesor TRAVIESAS sobre las obligaciones recíprocas —v., ob. cit., pgs. 278 y 289—. El citado autor solo habla de culpa con respecto a los daños, como si quisiera distinguirla del hecho más objetivo que subjetivo de la imputabilidad del incumplimiento. En la práctica, que el incumplimiento sea imputable al deudor no tiene que significar *stricto sensu* que sea culpable, sino más bien que no concurre justa causa que excluya la resolución. Es decir, que no concurre ninguno de los límites que la buena fe, como principio general del Ordenamiento o la regla del cumplimiento simultáneo, como norma especial de las obligaciones recíprocas, imponen al ejercicio de esta acción. De la misma manera podría entenderse que una justa causa que excluye la resolución es el caso fortuito o la fuerza mayor, en la medida en que tales circunstancias no son imputables al deudor. No obstante, el profesor TRAVIESAS no se expresa en estos términos. A su juicio si la causa del incumplimiento no es imputable al deudor, la resolución no procede, pero no por el hecho de que concorra una circunstancia imprevisible e inevitable, sino porque, si concurre esta circunstancia, no puede decirse que el deudor esté obligado a cumplir, y no hay incumplimiento si el deudor no está obligado a cumplir. En definitiva, a nuestro juicio, la visión que tiene el autor del incumplimiento resolutorio es más objetiva que subjetiva y procede del carácter recíproco de las obligaciones.

alcance subjetivo del incumplimiento o de la imposibilidad, y atiende a estas circunstancias desde un punto de vista puramente objetivo⁶⁵⁰. Si por una circunstancia imprevisible e inevitable la obligación de una parte deviene imposible, el contratante cumplidor podrá pedir la resolución y verse libre de su obligación. En cambio, si a pesar de esa circunstancia, la prestación sigue siendo total o parcialmente posible, la parte cumplidora podrá optar por el cumplimiento o la resolución. Es la ruptura del vínculo de contrapartida de las obligaciones recíprocas la que pone en marcha la posibilidad de resolución. El hecho de que la contraparte no cumpla en el seno de una relación obligatoria recíproca atribuye a la otra parte la facultad de resolver. El incumplimiento en estas obligaciones desencadena, por tanto, una responsabilidad contractual especial que se rige por parámetros distintos de los que determinan la responsabilidad general del artículo 1105 del Código Civil —la culpa y el daño—⁶⁵¹.

El artículo 1124 en su párrafo primero configura la resolución como un remedio característico de las obligaciones recíprocas, que se impone por una pura razón de equidad. No obstante esta posibilidad de ejercer la resolución en caso de incumplimiento, si la prestación aún puede ejecutarse, se debe reconocer al «perjudicado»⁶⁵² la libre opción entre el cumplimiento forzoso⁶⁵³ o la resolución, con resarcimiento de los daños en ambos casos. También, frente a la responsabilidad especial y objetiva de la resolución, la responsabilidad general por daños debe sujetarse a la regla de la culpa (art. 1105 CC). De modo que, tanto en caso de que se exija el cumplimiento más el resarcimiento, como en caso de que se pida la resolución y los daños, el incumplidor podrá probar que no actuó de forma culpable, sino empujado por una circunstancia irresistible o inevitable, y verse libre de la indemnización, pero no del cumplimiento o de la resolución. Sin perjuicio de que, en este último caso, el Tribunal considere que concurren causas justificadas para señalar plazo y evitar la resolución.

⁶⁵⁰ V., al respecto, las consideraciones que hace PANTALEÓN en «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», cit., pgs. 1043 a 1050.

⁶⁵¹ La jurisprudencia del Tribunal Supremo exige, para que proceda la indemnización por daños y perjuicios, que el acreedor demandante pruebe que se han producido dichos daños, por lo que, incluso cuando el incumplimiento sea culpable, puede que no concorra indemnización de daños si el actor no consigue probar que estos se han producido. V. ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pgs. 155 y ss.

⁶⁵² En la mecánica de la bilateralidad y del cumplimiento simultáneo de las obligaciones, que una parte haya cumplido o esté dispuesta a hacerlo hace que el incumplimiento de la otra rompa la especial estructura de la obligación y se origine un enriquecimiento injusto del incumplidor. En esta medida se produce un perjuicio patrimonial para el cumplidor, que solo puede repararse mediante la resolución y liberarle de su obligación o permitirle que recupere su prestación. Si, además, el perjuicio fue ocasionado con culpa del deudor, el cual faltó conscientemente a esa regla del cumplimiento simultáneo, el contratante cumplidor podrá reclamar los daños adicionales que le haya ocasionado tener que acudir al cumplimiento forzoso o a la resolución.

⁶⁵³ No cabe duda de que el «perjudicado» puede estar aún interesado en el cumplimiento de la contraparte. Si en una compraventa, por ejemplo, el objeto vendido ha disminuido su valor, el contratante cumplidor tendrá más interés en el cumplimiento forzoso que en la resolución. En cambio, si el valor del objeto es superior, estará más interesado en la resolución.

En consecuencia, para que se admita la resolución es preciso que no se presente ninguna circunstancia que justifique la ruptura del vínculo de reciprocidad entre las obligaciones de las partes. Esas circunstancias son dos. En primer lugar, la falta de cumplimiento del acreedor. La reciprocidad exige que solo aquel que ha cumplido pueda exigir al otro el cumplimiento, pues, salvo que se haya pactado otra cosa, desde que una parte cumple, la otra viene obligada a cumplir. En segundo lugar, la falta de incumplimiento del deudor. El deudor no incumple cuando no venía obligado a cumplir, v. gr., porque su obligación se extinguió, existe un plazo pactado, un plazo legal —art. 1504 CC—, o un aplazamiento judicial —art. 1124-III CC—.

Desde estas consideraciones, el artículo 1124 del Código Civil se dirige en mayor medida a tutelar el interés del acreedor, y, en consecuencia, el equilibrio contractual recíproco, que a sancionar al incumplidor. Se configura como una medida de protección del interés del contratante cumplidor en el seno de una relación de reciprocidad, donde lo importante no es tanto el incumplimiento de una parte, cuanto que la otra ha cumplido o está dispuesta a hacerlo⁶⁵⁴. Ello no supone que el legislador se desinterese totalmente de la actitud del deudor ante el incumplimiento, ya que cuando el contratante cumplidor solicite la reparación de los daños, el incumplidor podrá exonerarse de esta responsabilidad si demuestra que no tuvo culpa en el incumplimiento.

Al establecer la posibilidad de resolución del contrato por incumplimiento en las obligaciones recíprocas, el legislador considera, *prima facie*, el interés del contratante que cumplió o está dispuesto a hacerlo, ya que la especial contrapartida de efectos de la reciprocidad exige que si no va a recibir la contraprestación se le libere de su obligación. Con ello no se atenta contra el principio de conservación de los negocios, pues si bien el legislador no exige la culpa en el incumplimiento resolutorio, sí admite la posibilidad de cumplimiento tanto a instancias del propio «perjudicado», cuanto de los tribunales —que pueden conceder un aplazamiento al deudor para que cumpla, art. 1124-III CC—. Además, tampoco se favorece la extinción del contrato, ya que, en

⁶⁵⁴ En ello coinciden la mayoría de los autores, v. JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, cit., pg. 94. También entre los prácticos, v. PINTO RUIZ, J. J., «En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)», *RJC*, 4, julio-agosto, 1953, pgs. 291 y ss, en especial, pgs. 292 a 295. Aunque no llevan el razonamiento hasta sus últimas consecuencias y no se desprenden de la culpa, v. PINTO RUIZ, J. J., «En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)», *RJC*, 1, enero-febrero, 1954, pgs. 25 y ss, en especial, pgs. 25 a 29. Si bien, este mismo autor, en un trabajo posterior —«Incumplimiento de las obligaciones civiles», *RJC*, 4, octubre-diciembre, 1964, pgs. 947 y ss— se plantea la existencia de incumplimientos no culpables. Mayor coherencia hallamos en la obra de otros prácticos, IRURZUN GOICOA, D., «La cláusula resolutoria y el pacto comisorio», en Martínez Radio (dir.): *Estudios de Derecho Privado*, t. II, Madrid, 1965, pgs. 1 y ss, en especial, 6, 7, 17 y 18.

V., también especialmente, MACIOCE, F., *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Napoles, 1988, pgs. 77 a 81. A juicio de este autor, la corresponsividad de las prestaciones explica la resolución sobre la base del incumplimiento objetivo. La resolución se justifica como un medio de reacción al desequilibrio objetivo de las prestaciones correspectivas y lo que realmente valoran los jueces a la hora de decidir la procedencia de la resolución es el interés real del acreedor a obtener esa resolución en conexión con la importancia del incumplimiento.

cualquier caso, la facultad de resolución solo se reconoce al contratante cumplidor en un contrato con obligaciones recíprocas⁶⁵⁵. Otra cosa es que la equidad en que se funda la norma haya hecho que el legislador extienda la solución resolutoria a otros supuestos contractuales especialmente previstos, pero, en principio, la facultad resolutoria solo se aplica con carácter general en las relaciones recíprocas.

En definitiva, con base en el artículo 1124 del Código Civil, aunque no concurra culpa, cabe la posibilidad de la resolución —sin perjuicio de las reglas específicas previstas por el legislador sobre transmisión de los riesgos en la contratación⁶⁵⁶—, de la misma manera que si la prestación es posible, aunque concurra culpa, puede no haber resolución —porque el perjudicado opte por el cumplimiento o el tribunal conceda un plazo para cumplir—. Ahora bien, como cualquier otra acción, la resolución que se concede al contratante cumplidor está sujeta a los parámetros generales de la buena fe, que impiden el abuso de derecho. En este sentido, sería contrario a la buena fe admitir la resolución ante un incumplimiento ridículo o de escasa trascendencia, ante un mero retraso en el cumplimiento o ante una manifestación equívoca del deudor de su voluntad de no cumplir. Puede que el comportamiento del deudor estuviera justificado, porque no tuviera claro el contenido y alcance de su obligación o porque esta no estuviera claramente estipulada. Así, los tribunales han considerado que el incumplimiento resolutorio ha de ser un incumplimiento definitivo y relevante. Definitivo, porque o bien supone la manifestación inequívoca de la intención de rechazar el contrato, o bien hace inútil la prestación para el fin a que se destinaba, o bien frustra el fin práctico perseguido por el negocio; y relevante, porque el incumplimiento ha de revestir cierta gravedad e importancia, ha de tener trascendencia para la economía de los interesados o entidad suficiente como para impedir la satisfacción económica de los intereses de las partes⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ La resolución aparece así como una consecuencia del normal funcionamiento de las obligaciones recíprocas más que como una consecuencia del anormal funcionamiento de las relaciones obligatorias. No cabe duda de que todas las obligaciones nacen para ser cumplidas, pero hay que tener en cuenta que, en el caso concreto de las obligaciones recíprocas, el cumplimiento tiene una configuración especial que repercute en las consecuencias de su incumplimiento. De modo que, si para su cumplimiento se deriva la regla del cumplimiento simultáneo —salvo pacto en contra—, para su incumplimiento se deriva la regla de la resolución —salvo que sea posible el cumplimiento o concurra justa causa que justifique un aplazamiento—.

⁶⁵⁶ V., por todos, ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, cit., pgs. 136 y ss. Como ocurre en la compraventa mercantil, arts. 331, 333 y 334 CCom, v. LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, cit., pgs. 92 y ss.

⁶⁵⁷ DÍEZ-PICAZO hace referencia al llamado «incumplimiento esencial», que en los últimos años ha tenido especial acogida y que responde a aquella situación en la que el contratante no puede obtener la finalidad perseguida por el contrato o el fin económico y social del contrato, v. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 845. Esta idea parece derivar de un modelo internacional de política legislativa más avanzado, la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. El artículo 25 de esta regulación dispone que «el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte una perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación».

Desde esta visión objetiva del incumplimiento resolutorio en las obligaciones recíprocas, no solo desaparece esa pretendida excepcionalidad de la resolución, sino que también se relativiza el carácter judicial de la medida⁶⁵⁸ y se afianza su fundamento de equidad. En primer lugar, es perfectamente compatible con el principio de mantenimiento de los negocios. El contrato bilateral debe ser respetado por ambos contratantes, de manera que, cuando uno de ellos rompe la reciprocidad propia de la contratación, el otro no puede venir obligado a respetarla. En segundo lugar, en cuanto «facultad», sería posible su ejercicio extrajudicial por parte del perjudicado, teniendo en cuenta que serán los tribunales los encargados de dirimir cualquier controversia o disconformidad que se suscite entre los contratantes. En último lugar, resultaría poco equitativo que el que está dispuesto a cumplir su obligación vea definitivamente quebrantado su patrimonio cuando la otra parte actuó sin culpa.

3.1.4. Los efectos de la resolución

La resolución conlleva la extinción de la relación obligatoria recíproca. En Derecho español, la doctrina tradicional mayoritaria ha entendido que esa extinción se produce con efecto retroactivo. Cada contratante debe reintegrar a la otra parte la prestación que hubiera recibido, y cuando la restitución en especie no fuera posible, deberá producirse a través de equivalente pecuniario⁶⁵⁹. Tales efectos pueden tener importantes consecuencias para el tráfico, especialmente respecto de los terceros que a su vez hubieran contratado con el deudor, cuyo contrato es resuelto.

Sin embargo, y teniendo en cuenta el ámbito comparado, la retroactividad de la resolución es un efecto que, en principio, las legislaciones no mencionan de forma expresa —art. 1184 *Code Civil*⁶⁶⁰— y que, posteriormente, ponen en entredicho,

⁶⁵⁸ V., al respecto, ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, cit., pgs. 122 y 123; y DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 813.

⁶⁵⁹ V., por todos, ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pg. 237.

⁶⁶⁰ En Francia, la doctrina y la jurisprudencia configuran la resolución retroactiva, de modo que el legislador se ve obligado a adoptar medidas dirigidas a aminorar los perjuicios para el tráfico de esa retroactividad real. Así se imponen, por ejemplo, condiciones especiales para el ejercicio de la acción de resolución en la venta de bienes inmuebles —Decreto-Ley de 4 de enero de 1955—. Además, la resolución en la compraventa aparece vinculada desde la primera reforma del *Code* por la Ley de 1838, al privilegio del vendedor, el cual desaparece del ámbito de los procedimientos concursales. V. ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pg. 45. Sobre esta cuestión destaca especialmente la obra de KAYSER, P., «Le droit de résolution du vendeur de meubles non payé au cas de faillite de l'acheteur et la loi du 20 mars 1928», cit., pgs. 14 y ss, en especial, pags. 191 y 192. Este autor considera que teniendo en cuenta el alcance de las acciones reconocidas expresamente por el *Code de Commerce* al vendedor en caso de quiebra del comprador —derecho de retención, cuando las mercancías permanecen en su poder, y reivindicatoria concursal, cuando las mercancías se encuentran en ruta y aún no han llegado a poder del comprador—, el vendedor solo puede ejercer la resolución para liberarse de sus obligaciones frente al comprador-quebrado, pero no para recuperar los bienes que ya hubieran llegado a poder del comprador, esto es, con eficacia personal y no real.

estableciendo importantes límites al alcance retroactivo —v. gr., art. 1124 último párrafo CC⁶⁶¹—, para acabar manifestándose abiertamente en contra —art. 1458 *codice civile*⁶⁶²—. La doctrina, por su parte, coincide en admitir que el alcance retroactivo de la resolución no se produce cuando la relación obligatoria recíproca, consumada total o parcialmente, es duradera o de tracto sucesivo⁶⁶³. En consideración a la particular estructura de estos contratos, la extinción se produce *ex nunc*, nunca *ex tunc*, es decir, respetando las prestaciones consumadas respecto de las cuales se ha realizado contraprestación⁶⁶⁴. Por otro lado, cuando el contrato es además aleatorio, a estas

⁶⁶¹ Esta norma establece que la resolución se «ejerce sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria». De modo que se ha entendido, por razones de seguridad jurídica, que los terceros adquirentes de buena fe, sean o no hipotecarios, no se ven afectados por la eficacia retroactiva de la resolución —arts. 11 y 37 LH, 464 CC y 85 CCom—. Por tanto, los efectos retroactivos de la resolución no podrían ser nunca absolutos y la retroactividad solo tendría alcance relativo, ya que solo sería eficaz frente a terceros de mala fe. V. ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pgs. 247 y 253 a 255; y DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pgs. 873 y 874.

⁶⁶² Este precepto establece que «la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroactivo tra le parti». Una retroactividad que limita sus efectos a las partes contratantes y que carece de eficacia sobre los derechos adquiridos por terceros antes de la resolución. Una retroactividad sin alcance real, ni absoluto ni relativo, y que no tiene de retroactividad más que el nombre, ya que aparece desnaturalizada y vacía de contenido. Esta norma, que rechaza cualquier efecto de la resolución frente a terceros «salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione», es resultado de la influencia en los redactores del *codice* de la obra de BIGIAMI, el autor que con mayor fuerza se opuso a la tesis de la eficacia retroactiva real de la resolución. V. ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pgs. 243 y ss.

En este mismo sentido se manifiesta también el Derecho alemán, v. ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. II-1, undécima revisión por H. Lehmann; B. Pérez González y J. Alguer (trads., de la 35.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas), Barcelona, 1933, pgs. 197 y 198.

⁶⁶³ Aunque algún autor ha señalado que la regla de la irretroactividad de efectos resolutorios en los contratos de tracto sucesivo habrá de aplicarse a cada relación concreta y conjugarse en atención a las circunstancias de hecho concurrentes. V. BRUGI, B., «Risoluzione legale di una vendita di merci da consignare a più represe», *Riv. Dir. Comm.*, vol. III, t. II, 1905, pgs. 285 a 289. Para este autor, así como los tribunales no podían venir condicionados por una retroactividad absoluta de los efectos resolutorios, tampoco puede condicionarles la irretroactividad de efectos cuando se trata de contratos de ejecución continuada.

⁶⁶⁴ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pgs. 872 y 873.

En Francia, la doctrina ha diferenciado los supuestos de *resolution*, de los casos de *resiliation*. En los primeros, la ruptura del contrato tiene eficacia retroactiva, y se produce sobre los efectos pasados y futuros de la contratación. En los segundos, en cambio, la ruptura es irretroactiva, se genera únicamente una extinción de los efectos futuros del contrato, y subsisten todas las consecuencias producidas con anterioridad. Así, en tanto que la *resolution* afectaría a la compraventa al contado, la *resiliation* se aplica al contrato de seguro o al arrendamiento. V., entre otros, FUZIER-HERMAN, E., «Art. 1168» y «Art. 1581», en *Code Civil*, vol. III, París, 1896, pgs. 22 y ss; COLIN, A., y CAPITANT, H., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, cit., pgs. 344 y ss; y FOIGNET y DUPONT, *Manuel élémentaire de droit civil*, vol. II, cit., pg. 123.

En este sentido, BONNINCHON, E., —*Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, París, 1900— distingue por un lado, los contratos *résiliés de plein droit* por la quiebra de un contratante, como el mandato y la comisión, de los contratos simplemente *résiliables* por las partes a causa de la quiebra de cualquiera de ellas, como la venta a plazos, el seguro o el arrendamiento, y, por otro lado, los contratos *resolubles* en la quiebra, como la compraventa al contado —v., pgs. 6, 7, 67 a 70 y 187 y ss—.

consecuencias se suma el hecho de que los efectos contractuales se producen en función de un acontecimiento incierto que debe concurrir en un tiempo indeterminado. De manera que, el riesgo se convierte en el elemento fundamental de la contratación⁶⁶⁵.

Por tanto, la eficacia retroactiva de la resolución constituye una regla que cuenta con graves y numerosas excepciones⁶⁶⁶, lo que nos conduce a preguntarnos si la retroactividad constituye una consecuencia esencial de la facultad de resolución por incumplimiento del artículo 1124 del Código Civil⁶⁶⁷.

En principio, solo en los contratos de tracto único, de ejecución instantánea, donde concurre una prestación sin contrapartida en caso de incumplimiento, es posible la destrucción absoluta de efectos contractuales y el retorno a la situación inicial precontractual. Al mismo tiempo, los principales argumentos a favor del carácter retroactivo de la resolución se hallan en la voluntad presunta de las partes y la configuración de la resolución como una condición resolutoria tácita asimilable a la condición resolutoria expresa. Dos argumentos que en la actualidad carecen de fuerza para la mayoría de los autores. Por una parte, y según hemos expuesto, la doctrina de la condición resolutoria tácita ha sido totalmente superada. Por otra, si bien se ha tratado de fundar la resolución en la voluntad presunta de las partes, también se le ha atribuido un fundamento *ex lege* y, en nuestra opinión, ni la Ley ni la voluntad de las partes

En Derecho español, también se ha tratado de distinguir la «resolución» propiamente dicha, con eficacia retroactiva, de la «rescisión», cuando el efecto es meramente extintivo, v. TRAVIESAS, M., «Obligaciones recíprocas», cit., pg. 323.

⁶⁶⁵ Ello hace que el legislador intervenga en estas relaciones corrigiendo la regla general que atribuye la facultad de resolución a los sujetos de la contratación bilateral. El art. 15 LCS reconoce únicamente a favor del asegurador, en caso de impago culpable de la primera prima o de la prima única a su vencimiento, la posibilidad de resolver el contrato o exigir el pago de lo debido en vía ejecutiva en base a la póliza. En cualquier caso, si la prima no se hubiera satisfecho antes de que se produzca el siniestro, el asegurador podrá considerarse libre de su obligación, salvo que se hubiera pactado otra cosa. Ahora bien, si falta el pago de una de las primas siguientes, en principio solo se suspende la cobertura, pero si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses posteriores al vencimiento de la prima, el contrato se extingue de forma automática. No cabe duda de que nos hallamos ante una norma dirigida a garantizar a las aseguradoras el oportuno cobro de las primas y, en definitiva, su estabilidad económica, en interés de la economía general.

⁶⁶⁶ V. TRAVIESAS, M., «Obligaciones recíprocas», cit., pgs. 325 y ss.

La retroactividad parece más acorde con la naturaleza propia de la nulidad, que conlleva una ineficacia intrínseca del negocio, el cual se considera carente de efectos de forma radical y absoluta. La resolución, en cambio, exige la existencia de un contrato válido y eficaz entre las partes. No obstante, también en la práctica se constatan importantes excepciones a esa retroactividad en la nulidad. En este sentido, se pone de manifiesto que, si bien la sentencia que declara la nulidad puede condenar a la devolución de cualquier prestación ejecutada en cumplimiento del contrato nulo, aunque las partes o una de ellas no lo haya solicitado, por ser la restitución una consecuencia ineludible de la declaración de nulidad, no siempre sucede así, V. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El supuesto carácter recíproco de la obligación de restitución derivada de un contrato nulo o anulable», en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, vol. II, cit., pgs. 2044 y ss.

⁶⁶⁷ V. ASSISI, A., «Il patto commissorio», *Giurispr. Italiana*, 1933, pgs. 167 y ss, en especial, pgs. 178 y ss.

constituyen elementos esenciales de la acción que permitan diferenciarla de otros institutos jurídicos. De hecho, casi todas las instituciones jurídicas han tratado de fundarse en un momento u otro de su historia en la voluntad de las partes o en la voluntad del legislador⁶⁶⁸. Junto a ello, hemos puesto de manifiesto cómo, frente a la doctrina que considera la resolución una sanción legal ante una situación de incumplimiento contractual, parece más acertado entender la resolución como una medida de protección del interés del contratante cumplidor que se impone por razones de equidad. La resolución extingue el vínculo y conduce a la destrucción de los efectos contractuales entre las partes, de modo que libera al contratante cumplidor. Pero no se dirige a sancionar al incumplidor ni restaura el equilibrio contractual dañado⁶⁶⁹, en el sentido de que no repone a las partes en la posición de garantía que ocupaban antes de que se originara la situación de incumplimiento⁶⁷⁰. En esta misma línea ha llegado a firmarse que el negocio no desaparece del tráfico, sino que se extingue y tal extinción produce efectos recuperatorios⁶⁷¹.

Mediante la resolución, el contrato es declarado inexistente *inter partes*, tanto respecto del pasado, como en relación con sus efectos futuros, ya que solo así se entiende que el vendedor pueda reclamar la cosa, y el comprador, a su vez, exigir las cantidades adelantadas a cuenta del precio o compensarlas con lo que deba indemnizar. En consecuencia, la resolución no reinstaura el vínculo contractual, no devuelve a las partes a la posición de garantía que ocupaban en función del contrato bilateral, si bien protege la contrapartida de efectos propia de la reciprocidad al impedir que la prestación de una parte quede sin contrapartida. Cuando un contratante no ha cumplido con la prestación a su cargo y no concurren razones fundadas que permitan pensar en la posibilidad de cumplimiento, para mantener el equilibrio contractual propio de la contratación bilateral hay que proteger a la contraparte que ha cumplido o está dispuesta

⁶⁶⁸ V., ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pgs. 241 y 242.

⁶⁶⁹ Como se ha afirmado desde la perspectiva tradicional causalista, v. ESPINAR LAFUENTE, F., «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», cit., pgs. 124, 125 y 141 y ss.

⁶⁷⁰ El vendedor resuelve y deja sin efecto el contrato para desvincularse, para no verse obligado a entregar sin contrapartida. Así, puede mantener el bien en su poder si la otra parte no está dispuesta a cumplir, o pedir su restitución si, definitivamente, no cumple, y ello con independencia de que, si el incumplimiento le originó daños, pueda pedir también la reparación de los mismos. Sin embargo, en ningún caso trata de mantener o recuperar la posesión para ejercer la *exceptio* —v. PERSICO, G., *L'eccezione d'inadempimento*, Milán, 1955, pg. 211— o valerse, frente al comprador, de cualquier otro derecho anejo a dicha posesión —v. gr., privilegio por el precio, art. 340 CCom—. De manera que no puede decirse que el vendedor, a través del ejercicio de la resolución, recupere la posición de garantía que ocupaba en el contrato, o se trate de una acción dirigida a restablecer el equilibrio contractual dañado.

⁶⁷¹ V. PANTALEÓN, F., «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, t. XLII, octubre-diciembre, 1989, pgs. 1143 y ss, en especial pg. 1153. Las afirmaciones de este autor se dirigen a justificar la posibilidad de reclamar del incumplidor por medio de la resolución una indemnización de daños y perjuicios en la medida de su interés en el cumplimiento del contrato o interés contractual positivo.

a cumplir una prestación que carece de contrapartida y, con ese fin, es preciso eliminar los efectos contractuales que se han producido o han de producirse.

Ahora bien, así como los efectos contractuales se limitan a las partes que otorgan el contrato y sus herederos —art. 1257 CC—, la acción de resolución debe dirigirse a eliminar tales efectos entre las partes. El actor pretende que se le libere de su obligación declarando la extinción de la relación jurídica de la que resulta obligado. Para ello no necesita más que una acción de alcance obligacional y meramente declarativa, cuyas consecuencias no afectan a los terceros. Lo cual no impide que, si el perjudicado realizó su prestación y esta se halla en poder de la otra parte, se pida al juez que condene al deudor a restituir lo que recibió, de la misma manera que se le puede pedir que ordene al demandado realizar su prestación. La seguridad jurídica impone que los efectos extintivos y, en su caso, restitutorios de la acción, se limiten a las partes y no perjudiquen a los terceros causahabientes del deudor. Frente a esos terceros será preciso que el perjudicado actúe expresamente mediante la correspondiente acción real de condena, una vez que el título de su adquisición queda sin efecto por la resolución⁶⁷².

3.2. Concurso e incumplimiento contractual: la resolución del contrato por el contratante in bonis que cumplió antes de la declaración de concurso

En el Derecho codificado la generalidad de la doctrina entendía que la quiebra no producía el incumplimiento de los contratos, de modo que no podía considerarse presupuesto legal de la facultad resolutoria⁶⁷³. Las mismas conclusiones pueden alcanzarse en el Derecho vigente.

En principio, si partimos de una situación de incumplimiento imputable y culpable habría que atenerse a la calificación del concurso, así como en el Derecho anterior había que tener en cuenta la calificación de la quiebra —arts. 886 y ss CCom—. Ahora bien, mientras que la calificación en la quiebra era necesaria, y llegó a concebirse además como requisito de procedibilidad penal, la función sancionadora en el concurso

⁶⁷² V. TRAVIESAS, M., «Obligaciones recíprocas», cit., pg. 324, el cual califica la acción de personal y entiende que para reclamar las cosas en poder de terceros adquirentes del deudor será preciso acudir a una acción real, que, a su vez, no podrá prosperar frente al tercero de buena fe. También, PINTO RUIZ, J. J., «En torno a la llamada condición resolutoria tácita (1124 CC)», *RJC*, 1, enero-febrero, 1954, pgs. 26 y ss, en especial, pgs. 36 y ss. A juicio de este autor, la resolución afecta inmediata y directamente al título, pero solo de forma indirecta y mediata al modo. De manera que puede resolver las obligaciones, pero no los negocios dispositivos que tienen por causa las obligaciones resueltas. Por eso no puede decirse que haya estricta «restitución», de alcance real. Para la «restitución» se requiere un nuevo negocio dispositivo, causa de restitución, o la imposición expresa por los tribunales de la obligación de restituir. V., igualmente, PLANIOL y RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, París, 1932, pgs. 573 y 574. Mención aparte merece la concepción particular de BIGIARI, que distingue entre una retroactividad real y una retroactividad meramente obligatoria. Esta última no tendría de retroactividad más que el nombre, ya que se corresponde con una verdadera situación de irretroactividad, en la que los efectos de la resolución no se producen frente a los terceros, v. «Irretroattività della risoluzione per inadempimento», *Riv. Dir. Comm.*, 32, 1934, pgs. 695 y ss, y *La rivendicazione del venditore*, cit., pgs. 67 y ss.

⁶⁷³ V, por todos, RAMIREZ, J. A., *La quiebra*, t. II, cit., pg. 1260, n. 14; y FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 59 y ss, especialmente, 67 y ss.

tiene carácter eventual, pues no se vincula a la situación de insolvencia. En este sentido, la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, supone la modificación formal, pero no sustancial del sistema de calificación previsto inicialmente en la normativa, introduciendo el binomio regla/excepción. Según la regla, «la formación de la sección sexta se ordenará en la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias». De acuerdo con la excepción, no procederá la formación de la sección de calificación «cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido» (art. 167.1 LC). Como ocurría antes de la reforma, la calificación del concurso tendrá lugar: cuando se apruebe un convenio en el que se establezca para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años, y en todos los supuestos de apertura de la liquidación⁶⁷⁴. Asimismo, la calificación del concurso como culpable continúa ligada en el texto legal a los supuestos de conducta dolosa o con culpa grave del deudor o de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, o apoderados generales (art. 164.1 LC). En consecuencia, tanto si el deudor actuó con culpa leve —en la generación o agravación de la insolvencia—, como si actuando dolosamente logra un convenio con sus acreedores que no supere los límites legales establecidos, el concurso no será calificado como culpable y no podrá fundar un incumplimiento resolutorio basado en la culpa del deudor.

Sin embargo, desde la visión objetiva del incumplimiento resolutorio que venimos manteniendo, el deudor debería responder frente al acreedor de su capacidad financiera para realizar la prestación y, aunque no haya intervenido en la causación o agravación de la insolvencia y el concurso pueda deberse a circunstancias imprevisibles e inevitables, no quedaría excluida la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de su obligación frente al contratante *in bonis*. Desde un punto de vista contractual, en cuanto la prestación sea posible, la parte *in bonis* y cumplidora podría optar por el cumplimiento o la resolución del contrato. Esta facultad se abre ante la ruptura del vínculo de contrapartida que origina el incumplimiento y que impide mantener la vinculación del contratante cumplidor cuando la contraparte no va a cumplir conforme a lo convenido, ya que frente al cumplimiento íntegro, lo que el concurso puede ofrecer es un cumplimiento en los límites del convenio o de la liquidación.

No obstante, la situación del contratante *in bonis* frente al concurso, que es la de la mayoría de acreedores del concursado, no puede identificarse con la de cualquier acreedor frente al incumplimiento de su deudor. No solo porque la insolvencia no implica necesariamente una situación de incumplimiento, sino porque el concurso no

⁶⁷⁴ V. GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, Pamplona, 2004, pgs. 20 y ss.

conlleva un incumplimiento resolutorio. En cuanto a la primera afirmación baste decir que con arreglo a la Ley Concursal «se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles» (art. 2), de modo que el deudor puede estar cumpliendo sus obligaciones exigibles pero de manera irregular y encontrarse en estado de insolvencia. Así como puede concurrir una situación de incumplimiento sin insolvencia, puede concurrir una situación de cumplimiento e insolvencia o de insolvencia sin incumplimiento⁶⁷⁵. Con respecto a la segunda afirmación, cuando el incumplimiento se manifiesta en una situación en la que el deudor no puede pagar regularmente sus obligaciones exigibles, por dificultades de tesorería o por problemas de financiación, no puede calificarse de definitivo, ya que no conlleva una voluntad inequívoca de no cumplir ni supone la frustración del fin práctico perseguido por el negocio, al menos inicialmente⁶⁷⁶. Si el concurso se dirige a procurar la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente, el contratante *in bonis* podrá obtener un cumplimiento, al igual que los demás acreedores anteriores a la apertura del procedimiento, aunque dentro de los límites y exigencias del concurso⁶⁷⁷. Además, declarado el concurso, el deudor no puede realizar por sí solo actos de administración o de disposición de bienes y derechos de la masa activa con el fin de cumplir obligaciones pendientes⁶⁷⁸ porque el patrimonio sujeto a concurso debe destinarse a la satisfacción de los acreedores, de modo que si no puede cumplir, tampoco podría incumplir⁶⁷⁹. De ahí

⁶⁷⁵ Como expone el profesor ROJO, «el incumplimiento es un hecho jurídico que puede tener como causa un estado de insolvencia (actual) u obedecer a causas muy distintas [...]. El mero hecho de incumplir no significa que el deudor no pueda cumplir: la causa del incumplimiento puede ser múltiple. El incumplimiento por causa de insolvencia —esto es, por la imposibilidad de cumplir regularmente— se distingue, pues, de las demás clases de incumplimiento» —v. «Art. 2. Presupuesto objetivo», en Rojo-Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 169 y 170—. A lo que se ha añadido que «la insolvencia no es el incumplimiento sino la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles o, lo que es lo mismo, la imposibilidad para pagar regularmente». En consecuencia, habrá insolvencia si el deudor cumple irregularmente las obligaciones exigibles y no puede cumplirlas de modo regular, v. BELTRÁN, E., «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *ADCo*, cit., pgs. 39 y ss.

⁶⁷⁶ Se ha apuntado que incluso cuando al tiempo de apertura del procedimiento concursal no exista todavía incumplimiento este podría producirse con posterioridad, v. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., pg. 60.

⁶⁷⁷ Así, BONELLI, G., *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, vol. II, cit., pgs. 570 y 571. V., la crítica de MALVAGNA, en «L'influenza del fallimento sui contratti in corso d'esecuzione», cit., I, pgs. 32 y ss, en especial, pgs. 48 y ss; y, sobre todo, de BIGIAMI, W., *La rivendicazione del venditore*, cit., pgs. 197 y ss.

⁶⁷⁸ Si atendemos al pago como expresión del cumplimiento de cualquier clase de obligación, parece que el único pago que no puede realizar el concursado es el de las obligaciones de dar, ya que, en principio, sí puede cumplir válida y eficazmente obligaciones de hacer —en tanto no haya sido inhabilitado como consecuencia de la calificación del concurso— o de no hacer, en la medida en que no afecte a los bienes de los que no puede disponer libremente, v. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 40. Facultades patrimoniales del deudor», cit., pg. 799.

⁶⁷⁹ En este sentido, VALPUESTA GASTAMINZA, E, considera que «no puede entenderse que la parte concursada ha incumplido; lo hará en su momento, según el convenio que se celebre o la liquidación que proceda, esto es, según el procedimiento de concurso que ya está declarado y afecta al crédito concursal

que pueda plantearse la opción de entender el concurso como un supuesto de imposibilidad legal de cumplimiento de los contratos⁶⁸⁰, que permitiría fundar igualmente la resolución del negocio. No obstante, llegados a este punto, lo que se revela incompatible con el procedimiento concursal no es la resolución en sí sino sus efectos.

Como hemos visto, la resolución extingue el vínculo y libera al contratante cumplidor, destruyendo los efectos contractuales *inter partes*, pero respetando los efectos producidos frente a terceros de buena fe. En un sistema como el español, donde la transmisión del dominio exige la concurrencia de título y modo (art. 609 CC), la resolución hará decaer el título y sus efectos, y si uno de los efectos del título es la transmisión del dominio, la resolución hará decaer la transmisión y tendrá no solo alcance extintivo sino también restitutorio. No obstante, se discute si esa revocación del título opera o no de forma automática, es decir, si la propiedad del bien transmitido revierte en el acreedor sin necesidad de un nuevo negocio transmisivo, o si en virtud de la extinción solo se origina un crédito a la restitución del bien⁶⁸¹. En el primer caso, el ejercicio de la resolución por la parte *in bonis* de un contrato sinalagmático permitiría al acreedor *in bonis* e insatisfecho recuperar un bien que ya entró a formar parte del patrimonio concursal, de esta manera evitaría las consecuencias del concurso y se colocaría en una situación privilegiada frente al resto de acreedores del concursado, especialmente aquellos que anticiparon una prestación de hacer o entregaron bienes no identificables, que, estando en idéntica situación, quedarían, sin embargo, sujetos al procedimiento. Ahora bien, tales efectos serían incompatibles con el procedimiento concursal. Si de acuerdo con la normativa, «declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, [...], quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes» (art. 49 LC), el acreedor *in bonis* e insatisfecho en un contrato bilateral pendiente solo podría obtener satisfacción al margen del concurso si la Ley expresamente le reconoce esta posibilidad⁶⁸². Por otro

de esa parte *in bonis*», v. «Resolución por incumplimiento» (art. 62), en *Comentarios a la Ley Concursal*, F. Cordón Moreno (dir.), cit., pg. 486.

⁶⁸⁰ En relación con la quiebra, v. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, Madrid, 1999, pg. 85.

En el Derecho italiano, BONELLI manifiesta que la apertura del procedimiento coloca al deudor en una situación de imposibilidad jurídica de pagar personalmente, de modo que la quiebra «paga per lui (o è disposto a pagare per lui) fino a concorrenza delle forze patrimoniali» —v. «Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali», cit., pg. 12—. En contra CANDIAN, A., «Fallimento y contratti bilaterali in corso di esecuzione», cit., pgs. 461 y ss, en especial, pgs. 465 y ss.

⁶⁸¹ Los autores hablan de una eficacia retroactiva real o de una eficacia retroactiva obligatoria de la resolución, v., ampliamente, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, cit., pgs. 30 y ss.

⁶⁸² Como se ha señalado, «no tendría sentido que dicho contratante no concursado no pueda iniciar acciones ejecutivas contra el patrimonio del deudor para satisfacer su derecho de crédito al margen del concurso (v. art. 55 LC) y que, en cambio, pudiera obtener la resolución precisamente para extraer el bien del patrimonio del concursado y escapar así a las consecuencias del concurso», v. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., pg. 61. También, BERMEJO GUTIERREZ, N., *Créditos y quiebra*, cit., pg. 391.

lado, de ser esta la situación más frecuente en la que se generan los créditos concursales, la restitución del bien que originaría la resolución de los contratos bilaterales cumplidos por la parte *in bonis* y pendientes de cumplimiento por el concursado, podría llegar a privar al procedimiento de masa activa suficiente con la que atender sus fines⁶⁸³.

Frente a ello, en el segundo caso, ante una resolución de alcance obligacional, el ejercicio de la resolución por el acreedor *in bonis* le otorgaría un crédito a la restitución que, como cualquier otro crédito, debería someterse al concurso. Así, se ha mantenido que el contratante no concursado podría optar por la resolución, ya la funde en un incumplimiento anterior o posterior al concurso, si bien los efectos restitutorios e indemnizatorios se asimilarán a la calificación concursal del crédito⁶⁸⁴.

Parece que en un sistema causalista como el español, aun cuando la resolución no tuviera efectos reales, la decadencia del título haría decaer a su vez la transmisión, con lo que privaría de eficacia a la entrega, de modo que no resultaría factible en el ámbito del Derecho privado una resolución de efectos meramente obligacionales⁶⁸⁵. La declaración de ineficacia del título invalidaría la transmisión y el transmitente tendría derecho a la restitución de lo que entregó. En consecuencia, el ejercicio de la resolución parece incompatible con el concurso. No obstante, la propia Ley Concursal reconoce eficacia dentro del concurso a la facultad resolutoria por incumplimiento (art. 62.1), si bien «altera» en orden a las exigencias del procedimiento los efectos que esta produce y, a semejanza del Derecho alemán (art. 105 *InsO*)⁶⁸⁶, no autoriza al contratante *in bonis* ante el incumplimiento de su derecho a la contraprestación a exigir la devolución con cargo a la masa de la parte de prestación transmitida al patrimonio del deudor con anterioridad a la apertura del procedimiento concursal. En el Derecho español, se

⁶⁸³ V. GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pg. 314.

En este sentido se manifiesta no solo la mayoría de la doctrina, sino también los juzgados de lo mercantil, v. AJM 1 Bilbao, 1.9.2005, (A. 86/04), en el recopilatorio *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, de BLTRÁN y SÁNCHEZ PAREDES, cit., pgs. 603 a 605.

⁶⁸⁴ V. GARCÍA VICENTE, J. R., «Art. 61. De los efectos sobre los contratos», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pg. 698. Este autor considera que el artículo 61.1 no destruye el carácter recíproco del contrato, sino que tan solo precisa la calificación de los créditos que de él deriven cuando una de las partes ha cumplido íntegramente. El procedimiento para el ejercicio de la acción será el común previsto para entablar o continuar nuevas acciones una vez declarado el concurso (Sección 2.ª, Capítulo II, Título III LC) «y en todo caso dentro de sus efectos resulta aplicable el art. 88 LC, de manera que no podrá lograrse a través de la restitución un efecto semejante al que se obtendría ejercitando un derecho de separación».

⁶⁸⁵ V. BERMEJO GUTIERREZ, N., *Créditos y quiebra*, cit., pg. 390. Según DÍEZ-PICAZO, una resolución de eficacia jurídica obligatoria, limitada a las partes de la relación que se resuelve y con puros efectos *ex nunc*, no cuadra bien con el sistema general del Código Civil, en el cual la restitución no constituye un puro deber jurídico liquidatorio, sino que produce efectos recuperatorios, en virtud de la sentencia o de la decisión de resolver, v. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 873.

⁶⁸⁶ V. MAROTZKE, W., *Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich*, cit., pg. 295 y ss.

incluye en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fue anterior a la apertura del procedimiento (art. 62.4 LC). Así, aunque la resolución no sea incompatible con el procedimiento concursal, los principios rectores del mismo impiden extraer bienes que entraron en la masa activa con anterioridad a la declaración de concurso con lo que limitan el alcance restitutorio de la resolución⁶⁸⁷. Ahora bien, lo que el Derecho español no aclara es si ese crédito concursal es un crédito por la contraprestación pactada o un crédito por la restitución de lo entregado. El primero comprendería el valor de la contraprestación; el segundo, el valor de la prestación realizada, y ambos valores no tiene porqué coincidir. En el primer caso, la resolución no otorgaría al contratante *in bonis* que cumplió una tutela mayor que la que obtiene insinuando su crédito en el concurso por la contraprestación⁶⁸⁸. En el segundo caso, si entendemos que el crédito del contratante *in bonis* es un crédito por la restitución de la prestación realizada, la situación varía ya que esta podría tener un mayor valor que la contraprestación o haberse revalorizado. En caso de concurso del comprador, el crédito del vendedor *in bonis* dejaría de ser un crédito por la cantidad debida para ser un crédito por la restitución —en especie o por equivalente— de la prestación de entrega ejecutada por él y que iría acompañado en su caso por la restitución recíproca de las cantidades adelantadas por el comprador en concepto de precio. Ese crédito a la restitución podría tener mayor valor que el crédito por el precio resultante de la contraprestación, ya que el bien pudo haberse vendido por un precio inferior a su valor o haberse revalorizado. Sin embargo, parece que el sometimiento del crédito al concurso garantizaría la distribución proporcional de los valores existentes en el patrimonio entre los acreedores concursales de la misma condición, de modo que tampoco se estaría atribuyendo una posición más ventajosa al acreedor *in bonis* que ejerce la resolución⁶⁸⁹.

Junto a ello se han apuntado otras razones de índole práctico que restarían eficacia dentro del concurso a la resolución del contratante *in bonis*⁶⁹⁰. En principio, la

⁶⁸⁷ Para RECALDE la resolución no da lugar a la obligación de restituir el bien adquirido (no tiene efectos retroactivos) ni abre la vía de la separación del citado bien (art. 80 LC). Ello deriva no solo de la literalidad del art. 62.4, sino también de la previsión legal que contempla la paralización o suspensión de las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad (art. 56 1 y 2 LC). Cuando tales acciones recaigan sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad se paralizarán hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. A juicio del autor, la especialidad de la norma permite concluir que, fuera del supuesto previsto en el citado precepto, «las obligaciones que nacen de la resolución de un contrato cuando esta es consecuencia de la declaración de concurso, deberían someterse al régimen ordinario de los derechos personales que se integran en la masa pasiva del concurso», v. RECALDE CASTELLS, A., «Art. 80. Separación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 1457.

⁶⁸⁸ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., pg. 63, también, 74 y ss.

⁶⁸⁹ V. BERMEJO GUTIERREZ, N., *Créditos y quiebra*, cit., pg. 393.

⁶⁹⁰ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., pgs. 63 y 64.

parte *in bonis*, como cualquier otro acreedor en el procedimiento concursal, debe comunicar su crédito en el concurso, con independencia de que pretenda o no ejercer la resolución del contrato. Las normas de integración de la masa pasiva (arts. 49.1 y 75.2 LC) no eximen a los acreedores de la obligación de comunicar sus créditos. Aunque el acreedor puede decidir libremente si comunica su crédito y participa en el concurso o no lo hace, si pretende ser satisfecho en el marco del procedimiento concursal, debe asumir la carga de comunicar tempestivamente su crédito, ya que la falta de comunicación o la comunicación tardía pueden dar lugar a su exclusión o a la subordinación del crédito (art. 92.1.º LC)⁶⁹¹. Ahora bien, si el contratante *in bonis* que se insinuó y fue reconocido obtiene posteriormente la resolución del contrato, su crédito por el precio, en caso de concurso del comprador, o por el valor del bien, en caso de concurso del vendedor, será sustituido por un derecho de crédito nuevo a la restitución del valor del bien entregado, en caso de concurso del comprador, o del precio pagado, en caso de concurso del vendedor, de modo que su participación en el pasivo se verá alterada a todos los efectos⁶⁹². Desde esta perspectiva es importante considerar la diversa función que cumplen dentro del concurso el inventario de bienes del deudor y la lista de acreedores⁶⁹³. El primero, en base a su naturaleza informativa, está sujeto a modificaciones a lo largo del procedimiento que no derivan solo de su impugnación por el cauce legal (arts. 96 y 97 LC), sino del ejercicio de otras acciones, como son las acciones de separación (art. 80 LC) y las acciones de reintegración (art. 71 LC). En cambio, la lista de acreedores, en cuanto documento determinante de la concursabilidad de los créditos, podrá verse alterada únicamente mediante la impugnación en tiempo y forma, sin que puedan plantearse otras pretensiones de modificación de su contenido. Por tanto, si el triunfo de la pretensión resolutoria modifica el contenido del crédito inicialmente comunicado por el contratante *in bonis*, este solo podrá ejercer la resolución antes del plazo previsto para la impugnación de la lista de acreedores, fuera de ese plazo, aunque su crédito pueda ser incluido por el juez en la lista de acreedores al decidir sobre la impugnación, sufrirá las consecuencias de una comunicación tardía (art. 92.1.º LC)⁶⁹⁴. Por otro lado, si se quieren evitar estas consecuencias cabe la posibilidad de que, si el contratante *in bonis* debe comunicar las «características» de su crédito (art. 85.3 LC), la administración concursal, atendiendo a la opción de la resolución por

⁶⁹¹ Salvo que pueda acogerse a las formas simplificadas de comunicación previstas en la Ley para los créditos que «resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso» (art. 86.1 LC) o hayan sido reconocidos por laudo o sentencia, consten en documento con fuerza ejecutiva, sean reconocidos en certificación administrativa, estén asegurados con garantía real inscrita en registro público, o se trate de créditos laborales cuya existencia y cuantía resulte de los libros y documentos del deudor (art. 86.2, en relación con el art. 92.1 LC).

⁶⁹² Así, a la hora de determinar la cuantía de los créditos para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, art. 106 LC, o para presentar propuesta de convenio, art. 113.1 LC, o en relación a la legitimación para oponerse a la aprobación judicial del convenio, art. 128.2 LC, o a efectos de considerar o no aprobado el convenio, arts. 124 y 125 LC.

⁶⁹³ V. SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «La inclusión en el inventario de los créditos por devoluciones de IVA (SJM 9 Madrid 16.6.2010)», *ADCo*, 22, 2011-1, pgs. 447 y ss, en especial, pgs. 460 y ss.

⁶⁹⁴ V. STS 13.5.2011, (R. 2006/07).

incumplimiento, lo califique como sometido a condición resolutoria «por su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla la condición» (art. 87.1 LC). En todo caso, la resolución debería ejercerse ante el juez del concurso, al tratarse de una acción civil con trascendencia patrimonial que se dirige *contra* el patrimonio del concursado (art. 50.1 en relación con el art. 8.1.º LC), y la vía para su ejercicio habría de ser el incidente concursal, dado que la Ley no tiene señalado otro trámite (art. 192 LC).

Se ha afirmado con acierto, que el ejercicio de la resolución por la parte *in bonis* cumplidora incrementaría notablemente la litigiosidad dentro del concurso y, por tanto, los costes del procedimiento, al promover la actuación individualizada de los contratantes frente al principio funcional de actuación conjunta de todos los acreedores⁶⁹⁵. Sin embargo, no creemos que en la práctica la resolución llegue a plantear tales inconvenientes, pues en la dinámica concursal es difícil que el contratante *in bonis* la contemple siquiera como una alternativa ventajosa. Si, ante la falta de cumplimiento del concursado, el contratante *in bonis* cumplidor puede optar por insinuar su crédito por la contraprestación o por la resolución, y obtener un crédito a la restitución de la prestación cumplida, que habrá de someterse igualmente a las reglas concursales, sin que pueda «extraer» de la masa activa la prestación que ejecutó, la resolución no está funcionando como una «garantía» frente al concurso. El contratante *in bonis* se encontrará en la misma situación que el resto de acreedores del deudor. Las consecuencias de la reciprocidad, en cuanto situación de garantía para el contratante *in bonis* cumplidor, se modifican tras la declaración de concurso si este ha cumplido, con independencia de que la obligación a cargo del deudor concursado esté o no vencida⁶⁹⁶, del mismo modo que tampoco subsisten inalteradas en caso de que el contrato esté pendiente de cumplimiento por ambas partes⁶⁹⁷. Por eso, cuando el contrato está

⁶⁹⁵ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., pg. 64.

⁶⁹⁶ De hecho, incluso fuera del concurso, la situación de un contratante que no ha cumplido no es la misma que si ha cumplido, ya que pierde la garantía que supone la excepción de incumplimiento contractual. Junto a ello, la Ley Concursal considera que todos los créditos surgidos antes de la declaración de concurso son créditos concursales (art. 49), salvo que se les atribuya expresamente la consideración de créditos contra la masa —art. 84.1— (v. gr., los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso —art. 84.2-1.º—, los gastos y costas judiciales ocasionados por la propia solicitud de concurso —art. 84.2-2.º— o los que deriven de los supuestos de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio —art. 84.2-8.º LC—). La normativa no distingue entre créditos vencidos o no ni entre créditos derivados o no de contratos con obligaciones recíprocas. El titular de un crédito todavía no vencido y exigible puede solicitar la declaración de concurso —v. ROJO, A., «Art. 3. Legitimación», en el *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 209—, en el art. 146 se establece el vencimiento anticipado para los créditos concursales aplazados como un efecto de la apertura de la fase de liquidación, y entre las reglas para el pago de los créditos concursales se dispone la posibilidad de pago anticipado de un crédito antes del vencimiento que tuviere a la fecha de la apertura de la liquidación (art. 159), v. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., pg. 61, n. 6.

⁶⁹⁷ Al igual que la quiebra no privaba de efectividad al contrato, el concurso no impide su eficacia, pero en ambos casos la apertura del procedimiento genera necesariamente una limitación de los mecanismos de protección del crédito de la parte *in bonis*, v. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *Adquisición de la propiedad e insolvencia del vendedor*, Aranzadi, 2002 (monografías Aranzadi, 8), pg. 202.

pendiente por el concursado no puede aceptarse que subsista vigente conforme a las reglas generales, ya que se ejerza o no la resolución por la parte *in bonis* debe sufrir las consecuencias de la apertura del concurso. Ahora bien, no es el principio de reciprocidad sino la regla de la concursabilidad, que somete al concurso a los créditos anteriores a la apertura del procedimiento concursal, la que justifica que el crédito del contratante *in bonis* que cumplió antes del concurso sea un crédito concursal sujeto al procedimiento⁶⁹⁸. De ahí que no tenga mucho sentido la distinción entre contratos pendientes de cumplimiento por un contratante y contratos pendientes por ambas partes, y solo pueda justificarse en la pretensión del legislador de desterrar los debates que bajo el derecho codificado propiciaba la separación del vendedor *in bonis* en caso de concurso del comprador, fundada en un derecho de resolución que le permitía reclamar el bien que entregó y obtener la restitución de la masa activa.

No se precisa una disposición legal que contemple la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas para entender que estos contratos, tanto si han sido cumplidos totalmente por un contratante, como si están pendientes de cumplimiento por ambas partes, permanecen vigentes en los límites del procedimiento, de modo que el ejercicio de la resolución, lejos de constituir una garantía de la posición acreedora del contratante *in bonis*, debe someterse a las exigencias del concurso. La resolución, como mecanismo de protección del interés del contratante cumplidor, no puede funcionar igual dentro y fuera del concurso, ya que en el concurso no puede proteger de la misma manera la contrapartida de efectos propia de la reciprocidad. La apertura del procedimiento concursal altera necesariamente el vínculo de reciprocidad al someter los intereses individuales de los acreedores al interés del concurso. En atención a ese interés, el contratante *in bonis* cumplidor no puede ejercer una acción resolutoria que le permita la restitución de lo que entregó y entró en la masa activa del concurso. Y en función de ese interés, cuando el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, sus efectos habrán de someterse a las reglas concursales, y no solo se admite una resolución sin incumplimiento y en interés del concurso (art. 61.2-II LC), sino que la resolución por incumplimiento habrá de producirse dentro del concurso y conforme a sus exigencias (art. 62.1 y 2 LC), podrá ser enervada cuando el juez del concurso lo estime conveniente para el interés del procedimiento (art. 62.3 LC) y tendrá un alcance restitutorio limitado (art. 62.4 LC). Desde esta perspectiva, el legislador no estaría «castigando» a un contratante *in bonis* cumplidor, cuyo crédito sería concursal (art. 61.1), frente a un contratante *in bonis* que no cumplió, cuyo crédito sería contra la masa y, por tanto, prededucible (art. 61.2), sino que estaría aplicando las reglas funcionales del concurso. Estas reglas integran en la masa pasiva los créditos anteriores y consideran contra la masa aquellos créditos que conllevan un contravalor actual para el

⁶⁹⁸ En este sentido, CLEMENTE MEORO, considera que el contrato no deja de ser sinalagmático por el hecho de que una de las partes lo haya cumplido y la otra no. Si así fuera, tales contratos no podrían resolverse por incumplimiento ni fuera ni dentro del concurso. En consecuencia, no puede ser el principio de reciprocidad el que justifique la distinta situación del contratante *in bonis*, que no del concursado, según que el contrato haya sido íntegramente cumplido por una parte o esté pendiente de cumplimiento por ambas, v. «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», cit., pg. 209.

concurso y son asumidos en interés de este, excluyen la satisfacción preferente de los acreedores salvo que esté expresamente prevista por la norma (art. 89.2, *in fine*, LC), y no admiten una actuación individualizada de estos en atención a su interés particular (art. 55.1 LC).

Cuestión aparte es que en la regla general sobre contratos con obligaciones recíprocas no se atribuye a la administración concursal una facultad de asumir o no asumir el contrato, sino la posibilidad de resolverlo en interés del concurso, de modo que un contratante *in bonis* que no cumplió tendrá derecho al cobro con cargo a la masa hasta el momento en que se produzca la resolución del contrato en interés del concurso, cuyas consecuencias restitutorias e indemnizatorias originarán igualmente créditos contra la masa a favor de la parte *in bonis*. Cuando el contratante del concursado cumplió tiene un crédito concursal por la contraprestación insatisfecha, en tanto que si no cumplió y ve resuelto su contrato en interés del concurso, tiene un crédito contra la masa por la prestación satisfecha, que le permitirá recobrar lo que entregó o su equivalente pecuniario y reclamar también contra la masa los daños derivados de la resolución⁶⁹⁹. Desde esta perspectiva, no es que la solución concursal para el contratante que cumplió sea injusta, sino que la solución para el que tiene pendiente el cumplimiento se dirige a tutelar especialmente su interés, y en esta situación se encuentran habitualmente los acreedores por contratos de tracto sucesivo. De ahí que sea en los contratos de tracto único y traslativos del dominio, como la compraventa, donde se revele la «peor condición» del contratante *in bonis* cumplidor, ya que son los únicos que pueden encontrarse en la situación descrita en el artículo 61.1⁷⁰⁰.

En determinados contratos traslativos del dominio —permuta de solar por superficie edificada o compraventa de vivienda en construcción— se pone especialmente de relieve la posición más débil del contratante cumplidor que se desprendió de la propiedad de lo transmitido sin proveerse de garantías adicionales —como haría un vendedor de bienes muebles a plazos con reserva de dominio—. En tales supuestos puede estimarse necesaria la intervención legislativa en aras de la protección del contratante más débil, que muchas veces no puede considerarse en sentido estricto «consumidor», a la manera del Derecho italiano —d. legisl. 122/2005— y conforme a las tendencias normativas del moderno Derecho europeo de contratos⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ V., la crítica a la solución legal en GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, B., «Efectos de la declaración de concurso sobre las relaciones jurídico-privadas del deudor», y PANTALEÓN, F., «De la clasificación de los créditos», ambas en Fernández de la Gándara/Sánchez Álvarez (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid-Barcelona, 2004, pgs. 264 y 503 y 504 respectivamente.

⁷⁰⁰ Así, si nos detenemos en las observaciones que realiza CARRASCO a «*la deficiente estructuración de supuestos y soluciones normativas en los arts. 61 y 62*», vemos que todas parecen referidas a contratos de tracto sucesivo y no a contratos de tracto único, v. *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pgs. 107 a 109.

⁷⁰¹ Ya bajo el derecho de quiebras se consideraba que en determinadas «situaciones injustas que se presentan en la práctica, sobre todo en relación con los adquirentes de viviendas en construcción», sería deseable que el legislador interviniera en favor del derecho de los contratantes a consolidar su posición y convertirse en propietarios, «sin que este derecho tenga que verse frustrado como consecuencia de la

4. La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes

Conforme a lo establecido en la Ley Concursal, cuando el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes —concurrido y parte *in bonis*—, la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a su vigencia (art. 61.2). Si tanto el comprador como el vendedor tienen pendiente el cumplimiento, total o parcial, de sus obligaciones recíprocas, la declaración de concurso no afectará al contrato de compraventa. El vendedor deberá entregar el bien en las condiciones pactadas y cumplir las demás obligaciones a las que viene obligado por la Ley o por el contrato. El comprador deberá pagar el precio conforme a lo convenido y recibir la cosa objeto del contrato. Ahora bien, las prestaciones a que esté obligada la parte concursada se

agresión del bien por los acreedores», v. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *Adquisición de la propiedad e insolvencia del vendedor*, cit., pg. 153. La única actuación que se desarrolló en este sentido se debe a uno de los frustrados intentos de reforma del Derecho concursal español, el Anteproyecto de Ley Concursal del 1983, en cuyo art. 179 se establecía que si el deudor vendió un inmueble y no cumplió con la obligación de entrega cuando el comprador había pagado totalmente el precio antes de la admisión a trámite de la solicitud de concurso, el síndico debía entregar el bien al comprador y otorgar la correspondiente escritura. Esta norma se consideró una excepción al principio general que determinaba los efectos del procedimiento concursal en el contrato de compraventa en función de que existiera o no tradición o entrega de la cosa vendida. Una excepción que se fundaba en los múltiples problemas que suscitaba el concurso de una empresa dedicada a la construcción de casas para su venta por pisos, «con toda la carga social que ello contiene», v. CASALS COLLDECARRERA, M., «La incidencia del concurso en las relaciones jurídicas preexistentes», cit., pgs. 6113 y 6114.

En la legislación vigente no existe una regulación tuitiva aplicable al contratante débil en la adquisición de inmuebles, y fuera del caso de los adquirentes de viviendas en construcción no concurren criterios unánimes en la doctrina y la jurisprudencia sobre la aplicación de la legislación de consumo (Ley de Consumidores y Usuarios de 2007), o sobre la extensión a otros supuestos de las medidas de protección expresamente previstas para los adquirentes de viviendas en construcción tanto en la legislación estatal (Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación), como autonómica, sin que se prevean en ningún caso mecanismos de protección específicos en caso de concurso del constructor o promotor.

Especialmente preocupante parece la situación del permutante de solar por vivienda, que no ha variado con respecto al Derecho codificado. Entregada la propiedad del solar a la concursada, solo quedan pendientes las obligaciones de esta de edificar lo proyectado y entregar parte de la obra futura, de modo que, en base al art. 61.1 LC, no sería admisible dentro del concurso la resolución contractual por incumplimiento de la concursada de su obligación de ejecución de obra. Declarada en concurso la parte contratante que adquirió la propiedad del solar, la otra parte *in bonis* no puede obtener la restitución al margen del procedimiento, v., entre otras, la SJM 6 Madrid, 23.4.2010, (A. 292/09), en el *ADCo*, 22, 2011-1, pg. 651.

En cambio, el Derecho italiano se ha ocupado con carácter general de la protección del contratante débil en la adquisición de inmuebles mediante una regulación que no atiende a tipos contractuales específicos, sino a operaciones económicas que presentan la finalidad común de la adquisición de la propiedad u otro derecho real sobre un inmueble, cuando uno de los contratantes sufre unos riesgos graves que debilitan su posición. A favor de este contratante el legislador italiano establece dos niveles de protección: el primero, dirigido a tutelar el derecho de propiedad y la inversión, comprende medidas de aseguramiento relativas a la devolución de lo entregado y a la responsabilidad por los vicios o defectos de los que pueda adolecer el inmueble finalmente adquirido; el segundo, ligado a previsiones constitucionales de amparo de la vivienda familiar, proporciona medidas de mayor eficacia, como un derecho de adquisición preferente o la limitación de la acción revocatoria en el concurso del constructor, cuando el inmueble se destina a habitación propia y de la familia, v. DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Los modelos de tutela del adquirente de vivienda no terminada en los derechos italiano y español: contratante débil o consumidor. Aplicación a formas de adquisición distintas de la compraventa», *RDP*, enero-febrero 2011, pg. 3 y ss. En este sentido, v., *supra*, n. 56

realizarán con cargo a la masa (art. 84.2-6.º LC). Así, en caso de concurso del vendedor, el crédito del comprador *in bonis* será un crédito a la entrega de una cosa específica y determinada, la obligación de entrega constituirá una obligación de la masa que no estará sujeta a convenio y que deberá satisfacerse antes que cualquier crédito concursal, excepto los que gocen de garantía real (arts. 84.3, 154 y 155 LC), y con independencia de que en el inventario de la masa activa la administración concursal haga constar su crédito por el precio⁷⁰². De igual manera, en caso de concurso del comprador, el pago del precio se realizará con cargo a la masa y si el precio no fuera al contado sino a plazos, estos habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos⁷⁰³. El contrato concluido por el deudor —más tarde concursado— se convierte en un contrato de la masa, que deberá ser cumplido ordinariamente durante el concurso tanto por el deudor, con cargo a la masa, como por la contraparte⁷⁰⁴.

No obstante, surgen varias cuestiones al amparo de la regla de la vigencia del contrato. La primera alude al carácter novedoso de la normativa. La segunda, a la necesidad de clarificar su justificación dentro del concurso. En tercer lugar, sería preciso delimitar su ámbito de aplicación. Por último, habría que analizar su alcance, para, a partir de estas consideraciones, exponer las consecuencias que se derivan de la aplicación de esa regla general.

⁷⁰² El crédito del comprador no es un crédito restitutorio a la cantidad entregada a cuenta, sino un crédito a la entrega de una cosa específica, que no es crédito dinerario, pero que puede cuantificarse en dinero. A estos efectos no tiene trascendencia el hecho de que, pactándose arras o señal, el comprador pueda desistir del contrato y perderlas o pueda desistir el vendedor y devolverlas duplicadas. Ni el crédito del primero a la entrega puede considerarse un crédito contingente supeditado a la condición potestativa del no desistimiento ni ello impedirá que en el inventario de la masa activa figure el crédito por el precio de compra.

⁷⁰³ En este sentido, no puede argumentarse que ello es coherente con el hecho de que, frente a la quiebra, art. 883 CCom, la declaración de concurso no produce el vencimiento anticipado de los créditos, v. CLEMENTE, M.E., «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», cit., pg. 208. Los créditos contra la masa se definen desde el punto de vista legislativo por su contraposición a los créditos concursales (art. 84.1 LC). No forman parte de la masa pasiva, se detallan y cuantifican en relación separada (art. 94.4 y 96.4 LC) y deben satisfacerse antes de proceder al pago de los créditos concursales (art. 154 LC). En consecuencia, si los efectos que se prevén para los créditos que integran la masa pasiva —Sección 3.ª, Capítulo II— no son aplicables a los créditos contra la masa, no puede entenderse que tales créditos no vencen anticipadamente porque esta consecuencia no se prevé para los créditos en el concurso, ya que las consecuencias que el concurso dispone para los créditos concursales no son aplicables a los créditos contra la masa. De hecho, cuando el legislador establece el vencimiento anticipado como un efecto de la apertura de la liquidación, se refiere únicamente a los créditos concursales (art. 146 LC). Los créditos contra la masa no vencen anticipadamente en el concurso, no porque la normativa no prevea el vencimiento anticipado de los créditos tras la declaración de concurso, sino porque ello iría en contra de su propia esencia. Estos créditos no se someten al concurso de acreedores, sino que disfrutan de un tratamiento autónomo por lo que se refiere al modo y al tiempo de pago. Si se hubiera fijado un plazo, se pagarán efectivamente al vencimiento y si el plazo no existiera, se satisfarán —como cualquier crédito ordinario cuando no exista concurso— de forma inmediata. V., por todos, BELTRÁN, E., «Art. 154. Pago de créditos contra la masa», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 2431 y 2432.

⁷⁰⁴ V. BELTRÁN, E., «Art. 84. Créditos concursales y créditos contra la masa», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pag. 1519.

4.1. La «novedad» de la regla de la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas

Desde la entrada en vigor de la Ley Concursal se ha venido afirmando la novedad del principio de vigencia de los contratos tanto respecto del Derecho anterior, vigente y proyectado, cuanto respecto del Derecho comparado. Siguiendo la solución predominante en el ámbito comparado, los sucesivos intentos de reforma del Derecho concursal español concedían al órgano de administración del concurso la facultad de optar por la ejecución o la resolución del contrato⁷⁰⁵. Frente a ello, la solución contenida en la Ley Concursal en base al principio de vigencia del contrato resultaría original y novedosa en la medida en que conlleva el «mantenimiento automático de los contratos», que el concursado «deberá seguir cumpliendo»⁷⁰⁶. Sin embargo, no creemos que la normativa se aparte de lo mantenido anteriormente por la doctrina española sobre esta materia ni que el principio de vigencia suponga una novedad absoluta. A lo sumo, lo que habría hecho el legislador es recoger de forma explícita una regla implícita bajo el Derecho derogado y deducible en el ámbito comparado⁷⁰⁷.

⁷⁰⁵ El Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959 concedía el plazo de un mes, a contar desde la fecha de la declaración de concurso, para que la administración se decidiera. Si se optaba por la resolución el contratante *in bonis* podía reclamar e insinuar en el concurso la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, y si no se adoptaba decisión alguna en ese plazo había que entender que el contrato se mantenía tras el concurso con el órgano de administración, que debía realizar íntegramente la prestación a cargo del concursado (art. 46).

Por su parte, el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, en la Sección 2.ª del Capítulo III se ocupaba «de los efectos sobre las relaciones jurídicas preexistentes», y dedicaba a los contratos con obligaciones recíprocas el art. 174, donde establecía también un derecho de opción del concursado, con la aprobación del síndico, o de este último cuando hubiera sustituido al deudor en las facultades de gestión y administración, entre la resolución o la ejecución del contrato. El plazo de ejercicio de este derecho se extendía desde la fecha de la sentencia declarativa del concurso hasta la expiración del plazo fijado en ella para la insinuación de créditos. Transcurrido dicho plazo, si no se había producido un pronunciamiento expreso en contrario, la resolución del contrato se producía automáticamente y la contraparte tenía derecho a insinuar en el concurso el crédito correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios que estime causados.

La propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, redactada por ÁNGEL ROJO, regulaba en su Capítulo III *los efectos sobre los contratos*, y en el art. 72 establecía las normas para los *contratos pendientes de ejecución*, donde atribuía a los síndicos o al deudor, con la autorización de los interventores, la facultad de resolver el contrato. Para que dicha resolución tuviera efecto debía ser notificada a la otra parte contractual antes de que finalizara el plazo para presentar la solicitud de reconocimiento de créditos. Si bien, en cualquier momento dentro de ese plazo, la contraparte podía requerir a la sindicatura o al deudor y a los interventores para que manifestaran si resuelven o no el contrato. Una vez concurría dicho requerimiento, si no se ejercitaba la facultad de resolución en los cinco días siguientes a su recepción, ya no podía ejercitarse con posterioridad, salvo que el juez aprobara un convenio que no fuera de continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor u ordenara la liquidación de la masa activa. El crédito correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios originado por la resolución tendría la consideración de crédito concursal.

⁷⁰⁶ En este sentido se manifiestan GÓMEZ MENDOZA, en «Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales», en *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, vol. I, Madrid-Barcelona, 2005, pgs. 2789 y 2807; MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas», ídem, pg. 2961; y BONARDELL LENZANO, R., *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, cit., pg. 12.

⁷⁰⁷ No parece dudoso que la Ley Concursal ha recogido las aportaciones doctrinales que se habían producido en este ámbito bajo el Derecho anterior, v., por todos, GARCÍA VICENTE, J. R., «Art. 61. De

El principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas tras el concurso no puede entenderse como una «continuación automática» no solo porque resulta confuso, sino porque condiciona negativamente los mecanismos de defensa de los que dispone el contratante *in bonis* frente al procedimiento. Si el contrato *debe continuar* con la contraparte no concursada, esta no podría ejercer la excepción de incumplimiento contractual, ya que ello daría lugar a una «suspensión» del contrato incompatible con la continuación automática⁷⁰⁸. Así, en el Derecho italiano anterior a la reforma de 2006 era frecuente distinguir entre dos supuestos de mantenimiento del contrato: aquel que se produce *ex lege*, en el que la continuación venía impuesta al administrador concursal como un efecto propio del procedimiento; y aquel en que la continuación del contrato resultaba del libre ejercicio de la facultad de elección de la sindicatura, que, frente a la opción de la resolución, decide sustituir al quebrado en el contrato y asumir con cargo a la masa las obligaciones que de este se derivan⁷⁰⁹.

Ahora bien, las normas concursales son ajenas a esta distinción, de modo que el contrato no es oponible al concurso y el órgano del procedimiento no viene obligado a respetarlo. Si la administración concursal en caso de suspensión o el concursado

los efectos sobre los contratos», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, cit., pg. 683, el cual afirma reconocer en la normativa las reflexiones que para el Derecho derogado formulara con «extraordinaria lucidez» BELTRÁN.

⁷⁰⁸ De ahí que los autores que hablan de continuación automática, o bien rechazan el ejercicio de la excepción de contrato incumplido —v. GÓMEZ MENDOZA, M., «Las prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas», *RDCP*, 4, 2006, pg. 128, y «Suministro y concurso: algunas cuestiones polémicas», *RDCP*, 8, 2008, pg. 371—, o bien consideran que dificulta la efectividad del principio de prosecución de los contratos sinalagmáticos pendientes de cumplimiento por ambas partes; para concluir que el silencio de la normativa solo puede conducir a la exclusión de la *exceptio*, «cuando se acreditará la incompatibilidad de su juego con las concretas prescripciones dictadas para el caso de insolvencia declarada». De modo que la aplicación de esta medida de garantía para el contratante *in bonis* solo podría admitirse cuando el riesgo de incumplimiento en que se funda revista una gravedad cualificada, «hasta el punto de resultar aplicable únicamente al caso de manifiesta insuficiencia de la masa activa para hacer frente a los créditos prededucibles», pudiendo plantearse la cuestión ante el juez del concurso si hubiera discrepancias, v. BONARDELL LENZANO, R., *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, cit., pgs. 63 a 66.

⁷⁰⁹ En el primer caso, nos encontrábamos ante situaciones en las que se generaban a favor del contratante *in bonis* derechos que el procedimiento debía respetar y de los que no podía disponer, como el supuesto contemplado en el art. 72.4 de la *legge fallimentare* en su redacción originaria, donde si la cosa vendida había pasado a ser propiedad del comprador, el contrato no se resolvía y continuaba automáticamente con los síndicos, que debían entregar la cosa en el término convenido y recibir el precio pactado, v. SATTA, S., *Diritto fallimentare*, cit., pg. 274 y, especialmente, GUGLIELMUCCI, L., «Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», en *Commentario Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1979, pg. 5 y 88 y ss; y BONSIGNORI, A., *Diritto fallimentare*, cit., pg. 207.

En el segundo caso, la sustitución facultativa, resultado del ejercicio del derecho de opción conferido a la sindicatura por el art. 72 (párrafos 1.º, 2.º y 3.º), constituía la regla general aplicable a la mayor parte de los contratos pendientes, v. GUGLIELMUCCI, L., «Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», cit., pg. 76 y ss; y BONSIGNORI, A., *Diritto fallimentare*, cit., pg. 211 y ss.

En la actualidad, este contraste se define en función de que el contrato genere o no derechos directamente oponibles a la quiebra —v. gr., la propiedad ha pasado al comprador—. Si del contrato se derivan tales derechos, la sindicatura no puede desconocerlos y habrá de respetarlos, en otro caso, el contrato podrá o no ser resuelto a elección de la sindicatura o por disposición legal, v. TEDESCHI, G. U., *Manuale del nuovo Diritto fallimentare*, cit., pg. 332.

intervenido pueden cumplirlo o resolverlo en interés del concurso, no puede afirmarse que estén obligados a mantenerlo. De ahí que el principio de vigencia solo pueda entenderse en el sentido de que el concurso no es causa de resolución automática del contrato, ya que el concursado intervenido o la administración concursal pueden asumirlo o resolverlo en interés del concurso y, por tanto, aun cuando no concurra incumplimiento. Así, para garantizar la efectividad de este principio, del mismo modo 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), habrán de tenerse por no puestas aquellas hipotéticas cláusulas contractuales que establezcan la continuación automática del contrato tras la declaración de concurso de cualquiera de los contratantes, y que impedirían a la administración concursal o al concursado el ejercicio de la resolución en interés del concurso⁷¹⁰. En consecuencia, el único efecto que el concurso produce sobre el contrato en sí es que no produce efecto alguno, y ello sin perjuicio de los efectos que se generan sobre los créditos en particular o sobre las facultades de los contratantes.

Esta interpretación del principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas no es ajena a las conclusiones que la doctrina obtenía bajo el Derecho codificado⁷¹¹ o que pueden derivarse del Derecho comparado⁷¹². Si existe la posibilidad de que el contrato se mantenga con los órganos concursales, los cuales pueden asumirlo cumpliendo a cargo de la masa las obligaciones que del mismo se derivan, no puede considerarse *prima facie* que el concurso conlleva su resolución automática, pero tampoco puede admitirse en línea de principio la continuación automática, ya que el

⁷¹⁰ Aunque se entienda que la resolución del contrato en interés del concurso no constituye una mera facultad de la administración concursal ni del concursado intervenido, en el sentido de que ambos vendrían obligados «a valorar la conveniencia o no de la resolución para el concurso y a presentar la solicitud de resolución cuando consideren, tras aquella valoración, que la misma es beneficiosa para el concurso» —v. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pgs. 1149 y 1150; también, JUAN y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», *ADCo*, 13, 2008-1, pgs. 137 y 138—, lo cierto es que el interés del concurso constituye la causa que justifica el incumplimiento del concursado, como pone de manifiesto el reconocimiento de un derecho a la indemnización de daños dirigido a tutelar la posición jurídica del contratante no concursado, cuyo fundamento debe encontrarse en las normas generales que rigen la responsabilidad contractual en Derecho español. En rigor, la indemnización concurre por la falta de cumplimiento del contrato pendiente y constituye el «coste» de la resolución. De admitirse la resolución en interés del concurso sin coste alguno, esta se convertiría en un medio adecuado para eludir los efectos vinculados al incumplimiento de los contratos. Pudiendo fomentarse comportamientos estratégicos de los deudores en perjuicio del conjunto de sus acreedores. Así el deudor podría acudir al concurso para «liberarse» sin coste alguno del cumplimiento de contratos «incómodos», v. BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Créditos y quiebra*, cit., pg. 385. O puede que el deudor simplemente pretenda la declaración de concurso voluntario con el fin de modificar las condiciones de los contratos a su favor. En consecuencia, será preciso atender al «precio» de la resolución, de manera que una adecuada ponderación del interés del concurso exige tener en cuenta que la solución que el concursado o la administración concursal pretenden para el contrato no perjudique a la parte *in bonis*, v. VALPUESTA, GASTAMINZA, E., «art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en Cordón (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pg. 479.

⁷¹¹ V., *supra*, pgs. 177 y ss.

⁷¹² V., *supra*, pgs. 39 y ss.

órgano de administración del procedimiento puede no cumplirlo y provocar su resolución. De hecho, salvo que concurra una norma expresa que imponga la continuación o la resolución del contrato, normalmente en atención a la protección de intereses concretos y determinados, estas soluciones no pueden derivarse para el contrato en un procedimiento que pretende atender intereses generales, que no abarcan únicamente el interés de los acreedores, sino que incluyen otros intereses como los del propio deudor e incluso intereses de orden público. En última instancia, declarado el concurso, será la administración concursal, «representante institucional del interés del concurso»⁷¹³, la que habrá de decidir si mantiene la vigencia del contrato como contrato de masa o lo resuelve en función de ese interés. De ello puede deducirse que el principio de vigencia de los contratos hace prevalecer el interés del concurso sobre el interés particular de los contratantes, que no pueden resolver el contrato ante la declaración de concurso de la contraparte. Sin embargo, aunque la contraparte *in bonis* está sujeta a la resolución en interés del concurso, no se encuentra indefensa, ya que mantiene la protección que le brinda el sinalagma, y si el concursado no cumple, la contraparte podría acudir a la excepción de contrato incumplido o a la excepción de riesgo de incumplimiento si se ve requerida para cumplir, e incluso ejercer la resolución por incumplimiento en los términos del artículo 62 de la Ley Concursal⁷¹⁴. Si la administración concursal o el concursado intervenido no resuelven el contrato en *interés del concurso*, habrán de cumplirlo o exponerse a la resolución por incumplimiento. De esta manera, el legislador ha tratado de conciliar el interés concursal y el interés del contratante *in bonis*.

Otra cosa es que la regulación del ejercicio de la facultad resolutoria en interés del concurso presente importantes deficiencias, susceptibles de originar conflictos en la práctica, ya que estas normas se aplican con carácter imperativo desde la declaración de concurso, aunque la administración concursal, que debe autorizar los actos del concursado dirigidos al cumplimiento o la resolución de los contratos, o decidir si procede o no su resolución en interés del concurso, no tiene una idea cabal del interés del concurso en ese momento, cuando muchas veces desconoce incluso cuáles son y en qué condiciones se encuentran los contratos pendientes de cumplimiento por el deudor. Esta situación conlleva dos consecuencias: desde el punto de vista de la parte *in bonis*, podría considerarse que la calificación como créditos contra la masa de aquellos créditos 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 (art. 84.2-6º LC) no es garantía suficiente en situaciones en las que la insuficiencia de la masa impida a la administración concursal pagar incluso estos créditos. Desde la perspectiva del concurso, la masa se estaría gravando con deudas procedentes de contratos que a la postre habrán de resolverse en interés del concurso.

⁷¹³ V., esta definición de la administración concursal, en GARCÍA VICENTE, J. R., «Art. 61. De los efectos sobre los contratos», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pg. 674.

⁷¹⁴ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pgs. 1144 y 1145.

Ante ello, la excepción de incumplimiento contractual podría ir dirigida a promover una decisión sobre el mantenimiento o la resolución del contrato encaminada a evitar tales consecuencias⁷¹⁵.

4.2. El fundamento del principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas

El principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas y la consiguiente atribución al concursado intervenido o a la administración concursal de la facultad de resolver el contrato en interés del concurso responden a las exigencias funcionales del procedimiento. Resultan acordes con una normativa que establece la necesidad de conservación de la masa activa y de continuación de la actividad empresarial (arts. 43 y 44 LC), que manifiesta su preferencia por la solución convenida —como medio para lograr la finalidad de conservación de la actividad empresarial del concursado (Exp. de mot. ep. VI)— y por la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes y servicios integradas en la masa (Exp. de mot. ep. VII), si bien, al mismo tiempo, declara como finalidad esencial del concurso la satisfacción de los acreedores. En aras de esa finalidad solutoria, se admite que puedan enajenarse bienes para la conservación «del modo mas conveniente para los intereses del concurso», cuando concurra la pertinente autorización judicial (art. 43.1 y 2), que el juez pueda acordar el cierre total o parcial y el cese de la actividad empresarial en determinadas circunstancias (art. 44.4), o que la liquidación se realice mediante la división y realización aislada de todos o alguno de los elementos patrimoniales cuando resulte mas conveniente a los intereses del concurso (Exp. de mot. ep. VII)⁷¹⁶.

Como ya se afirmara bajo el Derecho anterior, los contratos pendientes de ejecución son un activo del patrimonio concursal con el que los acreedores pueden contar para satisfacer sus créditos⁷¹⁷. Desde un punto de vista económico, la probabilidad de obtener la prestación objeto del contrato, así como las medidas que se dirigen a facilitar y garantizar la ejecución, constituyen un bien valioso del patrimonio

⁷¹⁵ V. GARCÍA VICENTE, J. R., «Art. 61. De los efectos sobre los contratos», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pg. 679.

⁷¹⁶ Los jueces de lo mercantil coinciden en considerar que se trata de una solución coherente con la previsión que dispone la continuidad de la actividad empresarial —SJM 1 Bilbao, 21.9.2009, *ADCo*, 20, 2010-2, pg. 529—. Si se quiere garantizar esa continuidad, frenar el pasivo y acomodar el proceso a los fines más convenientes a la ejecución colectiva, habrá que impedir la posibilidad de que la mera declaración de concurso permita a la otra parte contratante lograr la resolución del contrato y obviar el principio de vigencia y conservación de los contratos —AJM 9 Córdoba, 25.2.2005, en BELTRÁN, E., y SÁNCHEZ PAREDES, M. L., *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, cit., pg. 560. En el mismo sentido, se afirma que el mantenimiento de las relaciones contractuales es fuente y base del mantenimiento de la actividad negocial de la concursada —SJM 1 Palma de Mallorca, 28.9.2007, en *Legislación y jurisprudencia concursales*, cit., pg. 121—.

⁷¹⁷ V. GARCÍA VICENTE, J. R., «Art. 61. De los efectos sobre los contratos», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pg. 675, el cual se hace eco de las afirmaciones realizadas por BERMEJO, N., *Créditos y quiebra*, cit., pg. 363.

del deudor. Cuando ese deudor es además un empresario, el valor de los contratos dentro del activo, en cuanto motor de la actividad empresarial e instrumento de su estrategia de mercado, tendrá mayor trascendencia. Los contratos no solo se encontrarían en una situación análoga a la de los demás bienes del activo concursal, sino que además parece necesario preservarlos como medio para la continuación del ejercicio de la actividad empresarial⁷¹⁸ (arts. 43 y 44 LC). Ahora bien, esa conservación de los bienes que integran la masa activa ha de hacerse del modo más conveniente para los intereses del concurso, y con este fin, «los administradores concursales podrán solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario». Por un lado, podrán solicitar del juez que ordene al concursado la entrega de todos los documentos necesarios para el ejercicio de las facultades de administración y disposición de los bienes y, por tanto, recabar un listado de los contratos y su documentación; por otro, existirá la posibilidad de que la administración concursal recurra al auxilio judicial para enajenar activos (art. 43.2 LC), pues es posible que, frente a la regla de la continuación de la actividad, el juez acuerde el cierre de la totalidad o parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, el cese o la suspensión, total o parcial, de la actividad empresarial (art. 44.4)⁷¹⁹. En este sentido, la normativa prevé que la resolución del contrato en interés del concurso se realice ante el órgano judicial y por los trámites del incidente concursal.

Tratándose de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, encontramos un activo condicionado a la contrapartida que supone la ejecución de las prestaciones a cargo del concursado, y, desde esta perspectiva, para persuadir a los contratantes a continuar sus relaciones contractuales tras la declaración de concurso es necesario conceder un tratamiento de prioridad absoluta (prededucción) a los créditos derivados de esos contratos⁷²⁰. Por tanto, desde el punto de vista activo, el contrato puede ser un importante elemento del patrimonio de la empresa en concurso, fundamental para la continuación de la actividad o para obtener una liquidación más ventajosa; mientras que, desde el punto de vista pasivo, puede llegar a suponer un grave

⁷¹⁸ Esta visión tiene su máximo exponente en el Derecho francés con la Ley sobre el Saneamiento y la Liquidación Judicial de Empresas de 1985. Bajo esta norma se consideraba que el saneamiento debía permitir restablecer el estado financiero primitivo de la empresa que pasa por la preservación, a priori, desde la apertura del procedimiento de las relaciones contractuales, *conditio sine qua non* de la continuidad de la explotación, v. MONSERIE, M. H., *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, cit., pg. 35.

⁷¹⁹ Al respecto, la Ley Concursal permite distinguir los actos de conservación en sentido estricto, para los cuales los administradores concursales no necesitan autorización del juez, aunque podrán requerir su auxilio, tanto si se realizan en la fase común como en las fases de convenio o liquidación, y los actos de enajenación y gravamen, que exigen autorización del juez hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, momento a partir del cual deberán llevarse a cabo en la forma prevista en el convenio, el plan de liquidación o la Ley. V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 43. Conservación y administración de la masa activa», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 889 y ss.

⁷²⁰ V. GARRIDO, J. M., *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, cit., pg. 127.

obstáculo para el funcionamiento del procedimiento concursal, al incrementar los créditos contra la masa y frenar la consecución de los fines concursales. De ahí que, si el principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas aparece como condición necesaria para que el concurso pueda beneficiarse de las ventajas que conlleva el negocio jurídico, en cuanto activo útil del patrimonio, la facultad de resolución en interés del concurso surge como un mecanismo de extinción necesario ante los inconvenientes que podrían derivarse de la relación contractual para la consecución de los fines concursales⁷²¹.

4.3. El ámbito de aplicación del principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas

Aunque parece que el principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas abarcaría todos los supuestos contemplados en el artículo 61 de la Ley Concursal, tanto aquellos en los que el contrato está pendiente de cumplimiento por un solo contratante (art. 61.1), cuanto aquellos en los que está pendiente por ambas partes, del ámbito de aplicación que el legislador atribuye en el artículo 62 a la resolución por incumplimiento podría deducirse que la regla de la vigencia del contrato solo encontraría su ámbito propio de aplicación en los supuestos de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, y no en aquellos casos en los que el contrato ya fue totalmente cumplido por uno de los contratantes. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (ep. III) indica que «la declaración de concurso no afecta, en principio, a la

⁷²¹ Constituyen buen ejemplo de lo que se acaba de exponer las SSJM 1 Bilbao, 26.10.2009 y 12.11.2009 —ADCo, 20, 2010-2, pgs. 531 y 533—, en las que el juez resuelve los contratos de arrendamiento financiero —*leasing*— en interés del concurso considerando que cesada la actividad y extinguidas la totalidad de las relaciones laborales, el gasto que supone atender las cuotas del *leasing* disminuye la masa activa sin contrapartida alguna. El juzgador llega a apreciar incluso que la renuencia de la parte *in bonis* a la resolución conlleva una oposición de mala fe que justificaría la subordinación de los créditos por las cuotas posteriores a la declaración de concurso, por aplicación analógica de las normas previstas para los supuestos de reintegración (art. 73.3 LC). Tan «singular» solución respecto de los efectos de la resolución en interés del concurso, se ha visto refrendada por la SAP Álava (1.ª), 22.9.2010 —ADCo, 23, 2011-2, pgs. 375 y 376—.

Destaca también la SJM 1 Valencia, 26.11.2010 —ADCo, 24, 2011-3, pg. 422—, donde se decide la resolución en interés del concurso de un contrato de gestión hotelera —*management*— concluido con una importante compañía internacional. En este caso, abierta ya la fase de liquidación, con extinción de todas las relaciones laborales, cese de la actividad y cierre de los establecimientos, en el marco de la ejecución del plan de liquidación judicialmente aprobado, parece razonable que la administración concursal trate de obtener el mayor precio posible para la realización de los activos. Sin embargo, la pendencia del contrato supone un gravamen que diluye en gran medida el eventual atractivo que pueda presentar la adquisición del establecimiento hotelero a un potencial comprador, que no querría verse sometido al control de la multinacional, a la que además debe retribuir en un porcentaje importante del volumen del negocio. Frente a ello, ese potencial adquirente querrá ser libre para implementar sus propios métodos de gestión en orden a regular la explotación de la actividad. El juez, atendiendo estos argumentos, estima la resolución en interés del concurso, en cuanto el mantenimiento del contrato supondría un gravamen que diluiría en buena medida el valor de venta de la empresa en su conjunto. En relación con las consecuencias económicas de la resolución, se reconoce a la parte *in bonis* el derecho a percibir una indemnización, que tendrá la consideración de crédito contra la masa, por la pérdida de expectativas de percepción de las prestaciones debidas por el concursado.

vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes», de modo que, declarado el concurso, si solo existen obligaciones pendientes de cumplimiento por un contratante, las reglas generales del Derecho común se sustituyen por las consecuencias concursales previstas en la norma, esto es, que el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluya, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso.

Como se ha afirmado, si el legislador hubiera previsto la vigencia del contrato con independencia de su grado de ejecución debería reconocerse al contratante *in bonis*, que cumplió enteramente su prestación antes del concurso, la facultad resolutoria por incumplimiento, aunque sus efectos restitutorios e indemnizatorios se asimilen a la calificación concursal del crédito⁷²². Sin embargo en el artículo 62 se establece que «la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente [...]». De modo que, en los contratos a los que se refiere el apartado 1 del artículo 61, aquellos en los que solo hay pendiente la prestación de un contratante, la declaración de concurso sí afectará a la facultad de resolución por incumplimiento. Ahora bien, la interpretación *a contrario* del artículo 62 solo puede conducirnos a excluir de su ámbito de aplicación a los contratos pendientes solo por una parte⁷²³, pero no a excluirlos del ámbito de aplicación de la facultad de resolución por incumplimiento (art. 1124 CC). De modo que si la regla de la vigencia del contrato trata de conciliar el interés del concurso y el interés del contratante *in bonis* en base a la reciprocidad que funda la contratación, en esa conciliación de intereses, habría que hacer compatibles la resolución y sus efectos con las exigencias del concurso, o regulando expresamente el ejercicio de la resolución por incumplimiento tras el concurso en todos los supuestos de contrato pendiente, o limitando los efectos resolutorios a los propios de la calificación concursal del crédito, de modo que no pueda lograrse a través de la restitución un efecto semejante al que se obtendría ejercitando un derecho de separación⁷²⁴.

Por otro lado, atendiendo al fundamento de estas normas en base a los criterios funcionales del procedimiento parece que compartirían ámbito de aplicación con todos los supuestos de contratos con obligaciones recíprocas concluidos por la administración concursal o el concursado intervenido tras la apertura del procedimiento y en ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre los bienes que integran la masa activa. Una vez declarado el concurso, la actuación de los administradores concursales y del propio concursado habrá de regirse por la necesidad de continuación del ejercicio de

⁷²² GARCÍA VICENTE, J. R., «Art. 61. De los efectos sobre los contratos», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pgs. 697 y 698.

⁷²³ Tal y como hace la STS 11.10.2011, (1457/08), en el *ADCo*, 26, 2012-2, cuando reconoce que las obligaciones susceptibles de ser resueltas en interés del concurso o por incumplimiento son únicamente las recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte (art. 61.2 y 62.1 LC).

⁷²⁴ V., *supra*, pgs. 293 y ss.

la actividad profesional o empresarial y la conservación de la masa activa (arts. 43 y 44 LC), y las obligaciones que contraigan válidamente durante el procedimiento serán créditos contra la masa. En este sentido, parece evidente que tanto las obligaciones derivadas de contratos concluidos con anterioridad a la apertura del concurso y que continúen en vigor (art. 84.2-6.º), como las derivadas de contratos rehabilitados (art. 84.2-7.º) pueden reconducirse a la previsión legal que atribuye el carácter de créditos contra la masa a aquellos que se generen por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración de concurso (art. 84.2-5.º LC)⁷²⁵. Sin embargo, en cada caso la actuación de la administración concursal o del concursado está sujeta a requisitos muy diferentes, y mientras que el principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas conforma una regla de alcance general, los supuestos de rehabilitación constituyen disposiciones especiales que habrán de interpretarse de forma estricta. Las circunstancias que deben concurrir para que proceda la rehabilitación de determinados contratos nos sitúan ante supuestos excepcionales en los que se exige la previa extinción del contrato⁷²⁶ y una decisión de la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, favorable a la rehabilitación, con el pago o la consignación de las cantidades debidas y la asunción de los pagos futuros con cargo a la masa. La exigencia de pago o consignación inmediata de las cantidades debidas y la asunción de los pagos futuros con cargo a la masa constituyen un *requisito* para el ejercicio de la rehabilitación, que podría operar como una causa de oposición a la rehabilitación pretendida⁷²⁷. Además, junto al derecho del

⁷²⁵ V. BELTRÁN, E., «Art. 84. Créditos concursales y créditos contra la masa», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 1516.

⁷²⁶ Así, en la doctrina, MADRAZO LEAL, J., «Art. 68. Rehabilitación de créditos», «Art. 69. Rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado» y «Art. 70. Enervación del desahucio en arrendamientos urbanos», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 1259, 1276 y 1288; y en la jurisprudencia, la SAP 15.ª Barcelona 18.2.2008 (R. 700/07) —en *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, cit., pgs. 567 a 569— señala que si antes de la declaración de concurso no consta la resolución del contrato, resulta improcedente la rehabilitación. Esta decisión se ha visto confirmada por la STS 31.10.2011, (R. 1466/08), en el *ADCo*, 26, mayo-agosto, 2012, pg. 579, donde *obiter dicta* se alude a la necesidad de previa extinción del contrato para que concurra la rehabilitación.

Lo que habrá tenido lugar en los supuestos de rehabilitación no es el incumplimiento o la falta de cumplimiento del concursado, sino sus consecuencias, el vencimiento anticipado, la resolución del contrato o el ejercicio del desahucio.

En contra de la interpretación estricta de estas normas, v. SALINAS, C., «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», *ADCo*, 24, 2011, pgs. 99 y ss, en especial, pg.103.

⁷²⁷ El acreedor podrá oponerse a la rehabilitación del contrato «cuando la masa activa del concurso, por su insuficiencia, no ofrezca ni siquiera garantía general del cumplimiento completo y satisfactorio del contrato», v. TRUJILLO DÍEZ, I. J., «Artículo 68», «Artículo 69» y «Artículo 79», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, 2004, pg. 801.

Ahora bien, habrá de tenerse en cuenta que solo están legitimados para oponerse a la rehabilitación determinados acreedores, aquellos que con anterioridad a la declaración de concurso hubiesen iniciado el ejercicio de determinadas acciones de reclamación del pago, de resolución del contrato o de restitución del bien o hubiesen recuperado su posesión (arts. 68 y 69 LC). Las normas no establecen concretas causas de oposición (v., en contra, TRUJILLO DÍEZ, I. J., «Artículos 68, 69 y 79», en *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pgs. 801 y 802) sino que reconocen el derecho a oponerse a la rehabilitación —v. gr., cuando no sea conforme a los requisitos legales— a los acreedores legitimados, es decir, aquellos acreedores que hubieran actuado en reclamación del pago con anterioridad a la apertura del concurso, v.

acreedor o transmitente de oponerse a la rehabilitación, existe la posibilidad de que todo aquel que ostente un interés directo pueda impugnar la decisión de la administración concursal ante el juez del concurso por la vía del incidente concursal en base a la ausencia de alguno de los requisitos legalmente exigidos, «incluyendo la posibilidad real y efectiva de ejecutar los pagos futuros con cargo a la masa»⁷²⁸. Frente a ello, cuando nos encontremos ante de contratos con prestaciones recíprocas, la consideración de las prestaciones a cargo del concursado como créditos contra la masa resulta una *consecuencia* necesaria del principio de vigencia, que responde a la reciprocidad propia de la contratación, la cual funciona como un mecanismo de garantía para el acreedor a través de la regla del cumplimiento simultáneo y de la facultad de oponer la excepción de contrato incumplido⁷²⁹. Si la administración concursal o el concursado incumplen las obligaciones a cargo de la masa, el contratante *in bonis* podrá negarse a cumplir o ejercer la resolución por incumplimiento (art. 62 LC). En cambio, «el incumplimiento del contrato que hubiera sido rehabilitado conferirá al acreedor el derecho a resolverlo sin posibilidad de ulterior rehabilitación» (art. 69.1, *in fine*, LC).

4.4. El alcance del principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas

4.4.1. La influencia del concurso sobre el contrato: la «especialidad» de las normas concursales sustantivas y procesales

El hecho de que la declaración de concurso no afecte a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes no significa que la apertura del procedimiento concursal no tenga influencia alguna sobre los mismos.

El concurso constituye una circunstancia que altera el esquema contractual inicialmente previsto por las partes. Puede prolongar la obligación mas allá del término final establecido para su extinción, dejando sin efecto aquellas cláusulas que contemplen la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes (art. 61.3 LC), o bien puede acarrear la extinción del contrato no

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 68», en Sánchez-Calero y Guilarte Gutiérrez (coords.): *Comentarios a la legislación concursal*, vol. II, Valladolid, 2004, pg. 1338, y MADRAZO LEAL, J., «Art. 68. Rehabilitación de créditos», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 1265.

⁷²⁸ V. MADRAZO LEAL, J., «Art. 68. Rehabilitación de créditos», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 1266 y 1267.

⁷²⁹ Como se ha observado, vigente el sinalagma que presidió la celebración del contrato —sinalagma genético— se mantiene la correlación en los cumplimientos de ambas partes —sinalagma funcional— a pesar de la declaración de concurso de cualquiera de los contratantes, v. MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 2958.

obstante el término de duración establecido, porque el interés del concurso exija su resolución (art. 61.2-II LC). Con el concurso, las relaciones obligatorias no solo sufren alteraciones en su contenido y circunstancias (v. gr., suspensión del curso de los intereses, art. 59, interrupción de la prescripción, art. 60, vencimiento anticipado, art. 146, quitas, esperas...) sino también en su función, ya que se modifica el programa de organización de intereses previsto originariamente por los contratantes y se altera la función económico jurídica que las relaciones obligatorias tienen en esa organización y el sistema de distribución de riesgos previsto por las partes en el momento de la contratación. No obstante, esos cambios no pueden generalizarse, ya que no se producen de forma homogénea, y dependerán de diferentes factores tanto concursales como contractuales. No se plantea la misma suerte para los contratos ante un escenario de continuación de la actividad que ante una situación de cese, ni se producen idénticas consecuencias ante meros contratos de cambio que ante contratos que conllevan financiación. Así, si el contrato precisa la continuación de la actividad empresarial del concursado y el juez acuerda el cese o la suspensión habrá que acudir a la resolución en interés del concurso o por incumplimiento.

Como se ha afirmado, el principio de vigencia supone la continuación del contrato con el concursado intervenido o la administración concursal, sin que la declaración de concurso produzca efecto alguno sobre el contrato en sí. Ahora bien, no cabe duda que los efectos que el procedimiento despliegue sobre el deudor y sobre los acreedores, así como la posible solución convenida o liquidatoria e incluso la apertura de la sección de calificación, influirán en la suerte de los contratos pendientes y determinarán su continuación o su resolución en interés del concurso o por incumplimiento. El cese de la actividad —cuando el juez lo acuerde «a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa» (art. 44.4 LC)—, las previsiones del convenio, la apertura de la liquidación o la propia calificación del concurso como culpable pueden originar la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones contractuales o incluso la cesión del contrato a un tercero. De hecho, habrá situaciones de convenio en las que al concurso le interese mantener únicamente aquellos contratos estratégicos para la continuidad de la empresa, y situaciones de liquidación en las que se mantendrán solamente los contratos necesarios para que los bienes de la masa activa no pierdan valor, en tanto que en otras se mantendrán además los contratos necesarios para la continuación de la actividad con el fin de proceder a la venta de la empresa o de una unidad productiva⁷³⁰. La actuación de las partes en torno al contrato vendrá determinada en gran medida por la situación concursal de una de ellas.

En la medida en que el concurso despliega su influencia sobre los contratos pendientes, también afecta a las normas generales aplicables a los contratos con obligaciones recíprocas. Por tanto, no parece correcto afirmar que la declaración de

⁷³⁰ V. MARTÍNEZ FLOREZ, A., «art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas» (art. 61), en Rojo-Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 1143 y 1144.

concurso no altera el régimen jurídico de los contratos en general⁷³¹, ni de la compraventa en particular, en base a que las normas sobre contratos parecen imponer la normalidad para los contratos con obligaciones recíprocas, al prever su cumplimiento tras la apertura del procedimiento y la posibilidad de ejercicio de la resolución por incumplimiento, e incluso de la excepción de incumplimiento contractual. Frente a ello, entendemos que las reglas concursales se justifican en cuanto que contienen desviaciones o alteraciones de las normas generales previstas para este tipo de contratos, ya sea mediante normas de derecho material —al permitir la resolución en interés del concurso—, normas de naturaleza competencial —al atribuir el conocimiento de las cuestiones que se susciten en este ámbito al juez del concurso— o mediante reglas de índole procesal —al establecer el cauce del incidente concursal—. Si, conforme a las reglas generales, ante el incumplimiento de una parte, la otra puede pedir la resolución del contrato, según la literalidad del artículo 61.1 de la Ley Concursal, esta posibilidad está vetada al contratante *in bonis* que cumplió íntegramente su prestación antes de la declaración de concurso. Si, conforme al principio de mantenimiento de los negocios, el contrato sigue vigente tras el concurso y el contratante *in bonis* no puede ampararse en la situación de insolvencia para pedir su resolución, el concursado intervenido o la administración concursal, en caso de suspensión, sí que podrán resolver el contrato en interés del concurso (art. 61.2-II). Además, aunque se admite la resolución del contrato por incumplimiento de cualquiera de las partes, los contratos de tracto único no pueden resolverse por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso y, en todo caso, la resolución debe ejercerse ante el juez del concurso y por los trámites del incidente concursal, y podrá ser enervada por el mismo juez en interés del concurso, de suerte que se «impone» al contratante *in bonis* el cumplimiento del contrato no obstante la concurrencia del incumplimiento resolutorio del concursado.

Desde un punto de vista procesal, las reglas sobre contratos también son especiales, ya que tanto la resolución en interés del concurso (art. 61.2-II LC) como la resolución por incumplimiento (art. 62.2 LC), habrán de ejercitarse ante el juez del concurso y sustanciarse por la vía del incidente concursal.

Con el fin de impedir la dispersión del patrimonio del deudor, asegurar la conformación de las masas activa y pasiva del concurso y garantizar el carácter universal del procedimiento, la Ley Concursal concentra en un solo órgano jurisdiccional el conocimiento de aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor (Exp. de mot. ep. IV, párr. 6.º). El artículo

⁷³¹ En la SJM 3 Barcelona, de 21.7.2008 —ADCo, 16, 2009-1, pgs. 521 y 522—, se afirma que «la declaración de concurso no altera por sí sola las normas generales sobre la contratación respecto de los contratos que tenga pendiente el concursado, sin embargo se reconoce que tanto el artículo 61 como el artículo 62 de la Ley Concursal establecen un régimen específico para la extinción de las obligaciones en el marco del concurso tanto en supuestos de incumplimiento por parte del concursado como en los casos de cumplimiento». De hecho el juez concluye que, «en el marco del concurso tanto se puede resolver un contrato cumplido regularmente como mantener un contrato incumplido por el concursado si resulta de interés del concurso el mantenimiento del mismo». En consecuencia, lo que disponen las normas son desviaciones del régimen general que se justifican por el interés prevalente del concurso.

8 de la Ley enumera una serie de materias sobre las que habrá de extenderse la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso. Entre ellas se encuentran las acciones civiles «con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado», con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. No obstante la amplitud e imprecisión de los criterios que delimitan su ámbito de aplicación⁷³², parece necesario que la acción civil que se entable tenga influencia en la formación del activo o pasivo concursal. Ya se reclame una tutela declarativa, constitutiva o de condena, lo relevante es que lo solicitado afecte a los bienes o derechos integrantes del patrimonio del concursado. Al mismo tiempo, será preciso que la acción se dirija contra dicho patrimonio y se excluyan de la competencia del juez del concurso las acciones con trascendencia patrimonial cuya titularidad corresponda al deudor. De manera que, si se trata de una acción del concursado frente a terceros, ya sea ejercida por el concursado, en caso de intervención (art. 54.2 LC) o por la administración concursal, en caso de suspensión (art. 54.1 LC), e incluso, con carácter subsidiario, por los propios acreedores (art. 54.4 LC), se aplicarán las reglas de competencia generales⁷³³. Sin embargo, cuando se planteara reconvencción por el demandado *in bonis*, dicha acción reconvenccional correspondería al ámbito objetivo de competencia del juez del concurso y el juez del orden civil que esté conociendo de la acción planteada por el concursado intervenido o por la administración concursal deberá abstenerse de conocer, «previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso» (art. 50.1 LC)⁷³⁴.

Si, cuando concurren aquellos requisitos, —la trascendencia patrimonial de la acción y que esta se dirija contra el patrimonio del concursado— la competencia corresponde al juez del concurso, cuando falten cualquiera de ellos el tribunal civil recuperará su competencia ordinaria conforme a las normas generales. Ahora bien, en los supuestos en los que el legislador permite la resolución del contrato con obligaciones recíprocas celebrado por el concursado tanto en interés del concurso (art. 61.2-II LC) como por incumplimiento (art. 62.2 LC), la competencia corresponde en

⁷³² Hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que el ámbito objetivo de conocimiento del juez del concurso comprende toda acción regida por normas de Derecho privado, v. CALDERÓN, P., «Art. 8. Juez del concurso», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, pg. 297. También, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., «Art. 8. Juez del concurso», Cordón (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pg. 135.

⁷³³ V., entre otros, AAP Valencia (11.^a), 23.12.2010, en el *ADCo*, 25, pg. 529.

⁷³⁴ En este sentido, el AAP Barcelona (14.^a), 27.5.2011, resolvió que la Ley Concursal solo prevé la competencia del juez del concurso cuando es «demandada» la concursada, no así cuando es la propia concursada la que promueve la demanda. La entidad concursada puede instar demanda en reclamación de cantidad puesto que no existe norma alguna que impida las acciones en defensa del patrimonio, cuyas demandas deben ser conocidas por los juzgados de lo civil, por no ser competencia de los juzgados de lo mercantil. Sin embargo, la «reconvencción» en reclamación de daños y perjuicios con fundamento en la *exceptio non adimpleti contractus* y compensación, será competencia del juzgado de lo mercantil, toda vez que del tenor literal de las normas se desprende claramente que son competencia de los juzgados de lo mercantil las demandas dirigidas contra los concursados, sea en solicitud de daños y perjuicios por incumplimiento o en solicitud de compensación de créditos, v. *ADCo*, 26, pgs. 593 y 594.

exclusiva al juez del concurso por los trámites del incidente concursal, aunque la acción se dirija contra la parte *in bonis*. Se trataría de una excepción frente a la regla especial, ya que atribuye competencia al juez del concurso para el conocimiento de acciones de contenido patrimonial iniciadas por la concursada tras la declaración de concurso y ejercitadas frente a terceros.

Se plantea entonces la cuestión de la competencia para conocer de la demanda reconvenzional que pudiera entablarse. Caso de que el concursado o la administración concursal demandaran la resolución por incumplimiento y el contratante *in bonis* formulara reconvección, la competencia del juez del concurso resulta con claridad tanto con respecto a las reglas excepcionales sobre contratos (art. 62.2 LC), como con respecto a las reglas especiales sobre la competencia objetiva del juez del concurso (art. 8.1.º LC)⁷³⁵. Pero, si el que pide la resolución es el contratante *in bonis* y el que reconviene es el concursado, pueden suscitarse serias dudas. Aunque con arreglo a las normas sobre contratos el juez competente para conocer de la resolución es el juez del concurso, si la demanda reconvenzional supone el ejercicio de una acción nueva, un objeto procesal diferente, el juez del concurso no sería competente para conocer de una demanda reconvenzional entablada por el concursado frente al contratante *in bonis* en la que no se pretendiera la resolución del contrato, dado que la causa de pedir no se funda en el incumplimiento contractual y no se trata de una acción dirigida contra el concursado. No obstante, siempre podría preverse que, por razones de economía procesal y ante la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios las dos pretensiones, la que constituye el objeto de la demanda inicial y la que fundamenta la reconvección, se resuelvan en el mismo litigio⁷³⁶.

A nuestro modo de ver, la competencia del juez del concurso en los supuestos de resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes es especial respecto de la competencia objetiva especial que la Ley Concursal reconoce al juez del concurso en relación con las normas de competencia generales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en tanto normas especiales merecerían una interpretación restrictiva. En consecuencia, la norma especial del artículo 62.2 de la Ley Concursal atribuye competencia objetiva al juez del concurso en materia de resolución por causa de incumplimiento, y será, por tanto, determinante la

⁷³⁵ Este es el supuesto que se plantea ante el Juzgado de lo mercantil n.º 6 de Madrid, resuelto por Auto de 30 de junio de 2011 —v. *ADCo*, 26, pg. 633—. El juez considera que debe afirmarse la competencia del juzgado mercantil para el conocimiento de la pretensión resolutoria por incumplimiento a instancia de cualquiera de las partes y siempre que una de ellas esté declarada en concurso. Asimismo, afirma que concurre idéntica competencia objetiva para el conocimiento y tramitación de la demanda reconvenzional que la demandada pueda ejercitar en idéntica pretensión resolutoria por incumplimiento que imputa a la contraparte, fijando el juez del concurso la existencia o no del incumplimiento, su atribución no subjetiva y las consecuencias económicas de dicha resolución, en su caso.

⁷³⁶ Este argumento ha sido empleado por la SAP Pontevedra, 29.7.2010, en el supuesto de una demanda de resolución a instancias de la parte *in bonis* por incumplimiento de la concursada y reconvección de la concursada en reclamación de cantidades debidas, v. *ADCo*, 23, pgs. 371 y 372.

«causa de pedir» de la pretensión resolutoria. Así, en el marco del incumplimiento contractual, el juez del concurso será competente para conocer de la acción, ya se ejercite por vía principal o por vía reconvenional, y cualquiera que sea el sujeto que la ejercite —concurado o parte *in bonis*—. Sin embargo, cuando la resolución se funde en cualquier otra causa de pedir distinta del incumplimiento resolutorio, podrán diferenciarse tres supuestos: el del artículo 61.2-II, es decir, que la causa de pedir se funde en el interés del concurso, en cuyo caso el juez debe conocer de la resolución, si bien, solo están legitimados para el ejercicio de la acción la administración concursal o el concursado y no el contratante *in bonis*; el supuesto de que la causa de pedir sea cualquier otra distinta del incumplimiento resolutorio, en cuyo caso parece que el juez del concurso solo podrá conocer de la acción ejercitada por la parte *in bonis* frente al concurso, pero no de la ejercitada por el propio concursado frente al contratante *in bonis*⁷³⁷, y, por último, el supuesto de la reconvenión instada por el concursado contra el contratante inicial (sea o no actor inicial, ya que la reconvenión también puede dirigirse frente a quien no fue demandante inicial, art. 407.1 LEC) por causa distinta del incumplimiento, en el que recupera su competencia el juez de primera instancia.

4.4.2. La aplicabilidad de las normas generales: la excepción de incumplimiento contractual

Como acabamos de ver, tanto desde una perspectiva sustantiva como procesal, las disposiciones concursales aplicables a los contratos con obligaciones recíprocas excepcionan la «normalidad contractual» en función del interés del concurso, no obstante la previsión del principio de vigencia de los mismos. La configuración de esas normas especiales conduce a preguntarse si subsiste la posibilidad de aplicar las reglas generales con carácter supletorio cuando aquellas disposiciones concursales no solucionen los problemas susceptibles de generarse en este ámbito, y siempre que esa regulación general no resulte incompatible con los principios y reglas concursales. En este sentido, sería posible entender, partiendo del principio de vigencia del contrato y ante el silencio del legislador, que podría alegarse la excepción de contrato no cumplido, defectuosa o parcialmente cumplido o por riesgo de incumplimiento, cuando el contrato se encuentre pendiente de cumplimiento por ambas partes al momento de la declaración de concurso. Como la pretensión de cumplimiento o la resolución, la excepción sería oponible dentro o fuera del proceso concursal, ya que no está ni expresa ni implícitamente excluida y quien puede lo más, esto es, resolver el contrato por incumplimiento, puede lo menos, es decir, suspender la propia prestación y paralizar la

⁷³⁷ En este sentido, el AJM 1 Castellón, 5.5.2009, ante un supuesto en el que la concursada demandaba la prórroga de un contrato de energía eléctrica, consideró que, si bien su petición era acorde al interés del concurso y a otros principios que informan la legislación concursal, el juez del concurso carece de competencia objetiva y el cauce incidental no era el adecuado. La pretensión no tendría cabida en el art. 62 LC, ya que dicho precepto atribuye competencia al juez del concurso para el conocimiento de la acción resolutoria de un contrato en el que es parte la concursada por incumplimiento del mismo, y no para su prórroga. En tales supuestos deberá acudir a las reglas generales procedimentales y de competencia y la cuestión corresponderá a los juzgados de primera instancia, v. *ADCo*, 20, pg. 520.

pretensión de cumplimiento de la contraparte hasta que desaparezca la incertidumbre con respecto a su disposición para cumplir⁷³⁸. De este modo, si no concurre plazo, el vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida, cuando el comprador no le ha pagado el precio, y el comprador no estará obligado a entregar el precio si no se ha producido la entrega (art. 1466 CC). Asimismo caso de que se hubiera señalado en el contrato un plazo o término para el pago, el vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida cuando el comprador sea insolvente, salvo que el comprador afiance pagar en el plazo convenido. De modo que, aun cuando la obligación del contratante *in bonis* venza primero podría oponer dicha excepción, ante la evidencia de riesgo de incumplimiento que conlleva la declaración de concurso (arts. 1467 y 1502 CC o art. 71 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías)⁷³⁹.

Por otra parte, el ejercicio de la *exceptio* no resulta incompatible con el procedimiento concursal, ya que no solo no conlleva en sí misma la extinción de la obligación de cumplimiento, sino que no provoca una situación de responsabilidad distinta y tampoco genera nuevas obligaciones para las partes⁷⁴⁰. El que alega la

⁷³⁸ Aunque la excepción de incumplimiento contractual comparte fundamento con la resolución, ya que surge como una consecuencia del carácter recíproco de las obligaciones, fundada en la regla del cumplimiento simultáneo, que se impone por razones de equidad, ambos institutos se diferencian esencialmente. Mientras la resolución constituye una acción promovida por la parte cumplidora frente al incumplimiento de la contraparte y dirigida a la extinción del contrato, de modo que atenta directamente contra el vínculo, la *exceptio* se ejerce por vía de excepción frente a quien pretende el cumplimiento, y tiende a hacer valer el contrato, por lo que constituye un medio de defensa del demandado que le permite rechazar la ejecución de forma legítima, v., por todos, ESPÍN CÁNOVAS, D., «La excepción de incumplimiento contractual», cit., pgs. 546 a 550; y PERSICO, G., *L'eccezione d'inadempimento*, cit., pgs. 9, 10, 14 y ss. Esta distinción no se ve alterada por el hecho de que, en la mayor parte de los casos, el ejercicio de la *exceptio* vaya acompañado de la actuación reconvencional de las acciones previstas en el art. 1124 CC, el cumplimiento forzoso o la resolución. Tengamos en cuenta que la excepción de incumplimiento contractual y la resolución comparten los mismos presupuestos: ambas se originan en el seno de obligaciones de carácter recíproco, ante una situación de incumplimiento, y deben alegarse de buena fe.

⁷³⁹ Salvo que se hubiera estipulado que, «no obstante cualquiera contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago» (art. 1502 CC). V. GARCÍA VICENTE, J. R., «Art. 61. De los efectos sobre los contratos», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pgs. 694 a 696.

⁷⁴⁰ V. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, V. II, cit., pgs. 806 y 807. Desde el punto de vista procesal se trata de una excepción dilatoria, de carácter material y basada en hechos excluyentes, que otorgan al demandado el derecho a paralizar la acción que el demandante ejerció. V. DE LA OLIVA, A., y FERNÁNDEZ, M. A., *Lecciones de derecho procesal*, vol. II, 1986, pgs. 75, 81, y 85. En la práctica la estimación de la excepción de incumplimiento contractual supone la desestimación de la demanda. Para los autores citados, «la presencia de un hecho excluyente permite al demandado eludir el cumplimiento de una prestación efectivamente debida [...] y que se seguirá debiendo aunque el juez desestime la demanda». Ello supone que el actor podrá iniciar una nueva reclamación mejor fundada si cumple por su parte o lleva a cabo una oferta de cumplimiento. Frente a ello, en otros ordenamientos como el alemán, se ha tratado de evitar esa dualidad de procedimiento estableciendo que la *exceptio* no tiene por consecuencia la desestimación de la demanda, sino la de que se condene al demandado a prestar simultáneamente a la contraprestación del demandante —par. 322.1 *B.G.B.*—. Según ENNECCERUS —ob. cit., pg. 169—, «la sentencia tiene que pronunciar que el demandado ha de hacer su prestación al recibir la contraprestación». Esta concepción parece más acorde con el fundamento de equidad de la *exceptio* que deriva del carácter recíproco de las obligaciones y la regla del cumplimiento simultáneo. V. ESPÍN CÁNOVAS, D., «La excepción de incumplimiento

excepción puede suspender la ejecución a su cargo sin que su responsabilidad se vea agravada con las consecuencias de la mora. Además, si el objeto de la prestación en que la obligación consiste es una cosa fructífera, o consiste en una cantidad de dinero, tanto los frutos como los intereses siguen correspondiendo a cada parte conforme a lo pactado. Junto a ello, la obligación de custodia que en su día asumieron las partes, tampoco se verá alterada por el ejercicio de la *exceptio*⁷⁴¹. Al concluir el contrato los sujetos asumen voluntariamente una serie de obligaciones y, en la compraventa, el vendedor debe mantener la cosa en buen estado para poder entregarla conforme a lo pactado —art. 1468 CC—. Sin embargo, si el vendedor se ve «obligado» a no entregar la cosa hasta que el comprador no le pague el precio —art. 1466 CC—, parece que, a partir de ese momento, su responsabilidad por la custodia debiera valorarse con menor rigor, en la medida en que no la asume con la misma «voluntariedad», ya que deriva del «necesario» ejercicio de la *exceptio*⁷⁴². Incluso los gastos por la conservación de la cosa, así como los demás derivados de la obtención y conservación de los frutos, debieran ser resarcidos por la contraparte. No obstante, por un lado, no creemos que el ejercicio de la *exceptio* sea susceptible de alterar el concepto en que posee el que la actúa y, por otro, nos parece que las consecuencias apuntadas resultan excesivamente graves para un contratante que no es incumplidor, y que solo podrá sufrir los efectos de la mora desde que la otra parte cumpla con su obligación —art. 1100, último párr. CC—. De acuerdo con el Código Civil, se exija o no la reclamación del acreedor, solo se producen los efectos de la mora en las obligaciones recíprocas «desde que uno de los obligados cumple su obligación», ya que en este tipo de obligaciones, ninguno de los sujetos incurre en mora «si el otro no cumple o se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe». De modo que, solo se producirán las consecuencias de la mora respecto de un contratante, si el otro además de excepcionar se allana a cumplir, es decir, consigna su propia prestación o demuestra su voluntad de cumplimiento⁷⁴³.

En cuanto a la posibilidad de que los efectos de la *exceptio* se limiten a las partes contratantes o sus causahabientes o puedan además oponerse a terceros, hemos de tener en cuenta que la situación de oponibilidad de la excepción de incumplimiento contractual al tercero adquirente parece difícil de concebir en un sistema como el

contractual», cit., pg. 572. Tengamos en cuenta que el que excepciona pretende el cumplimiento simultáneo de la otra parte, no se dirige a privar a la contraparte de la prestación a su cargo o de los frutos derivados de la cosa objeto de la prestación —en cuyo caso el ejercicio de la excepción sería contrario a la buena fe—, sino a asegurarse de que su cumplimiento goce de contrapartida.

⁷⁴¹ Según ESPÍN CANOVAS —«La excepción de incumplimiento contractual», cit., pg. 573—, se mantiene la misma situación contractual anterior al vencimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas.

⁷⁴² V., al respecto, PERSICO, G., *L'eccezione d'inadempimento*, cit., pgs. 194 y 195.

⁷⁴³ V. ESPÍN CÁNOVAS, D., «La excepción de incumplimiento contractual», cit., pgs. 574 y 575. Este autor rechaza también las tesis que consideran que el ejercicio de la *exceptio* interrumpe o suspende la prescripción de las obligaciones recíprocas de ambas partes. A su juicio rigen estrictamente las normas generales sobre prescripción —ob. cit., pgs. 576 y 577—.

español, en el que para transmitir la propiedad y los demás derechos sobre los bienes no basta con el consentimiento de las partes, sino que se exige la concurrencia del título o contrato y del modo o *traditio* —art. 609 CC—. La existencia de un tercero adquirente presupone la transmisión de la propiedad, esto es, la entrega, y si ha habido entrega y cumplimiento, el transmitente no puede ejercer la *exceptio*⁷⁴⁴. Por otro lado, en otros derechos como el italiano, donde la compraventa tiene alcance real, la doctrina ha adoptado para la *exceptio* una solución semejante a aquella mantenida respecto de la resolución, y entiende que no es oponible a los terceros adquirentes⁷⁴⁵.

Procesalmente, y conforme a lo expuesto, si el concursado reclama el cumplimiento del contrato, la competencia para conocer de la acción correspondería, en virtud de las reglas generales, al juez de primera instancia, ya que la demanda no se funda en el incumplimiento ni se dirige contra el patrimonio del concursado. En tal caso, si el contratante *in bonis* planteara la excepción de incumplimiento contractual, alegando que el concursado carece de acción porque él no está obligado a cumplir si a su vez el actor no cumplió, no creemos que se altere la competencia, y de la excepción deberá conocer el mismo juez que conoce de la demanda, esto es, el juez de instancia. El demandado *in bonis* simplemente pretende eludir el cumplimiento de una prestación efectivamente debida, y que se seguirá debiendo aunque el juez desestime la demanda. No se ejercita una acción declarativa negativa con un *petitum* específico, en cuyo caso técnicamente se estaría reconviniendo, al aumentar la materia del proceso e incluir una nueva petición. Así, si además de excepcionar pide que se declare la nulidad o inexistencia del título o reclama daños y perjuicios, se estaría ejerciendo realmente una

⁷⁴⁴ No cabe duda de que, en base a ese carácter puramente obligatorio del contrato de compraventa en Derecho español, el vendedor puede transmitir una cosa que no le pertenece, puede obligarse a entregar una cosa que en el momento de la perfección del contrato no es de su propiedad. Sin embargo, en este caso, las consecuencias que se generen tienen alcance puramente obligacional, no real. Si cuando llega el momento de la entrega el comprador no puede entregar al segundo adquirente —tercero—, incumplirá su obligación, con las consecuencias de todo incumplimiento, y si entrega una cosa que no le pertenece, el segundo adquirente podrá actuar contra él. Entre el comprador y su adquirente será válidamente oponible la *exceptio*, como lo era entre vendedor y comprador. Aunque, en ningún caso podrá ese segundo adquirente exigir el cumplimiento del vendedor de modo que este pueda oponerle válidamente la *exceptio*.

⁷⁴⁵ V. PERSICO, G., *L'eccezione d'inadempimento*, cit., pg. 209.

En cuanto a la posibilidad de entender que el ejercicio de la *exceptio* viciaría el título del incumplidor y, en consecuencia, también el título del subadquirente, por su carácter de titularidad mediata sujeta a las mismas limitaciones, el autor citado manifiesta que si la excepción de incumplimiento se funda en la relación de interdependencia entre las prestaciones en un mismo contrato sinalagmático, no puede extenderse la aplicabilidad de tal derecho a un contratante posterior. Por otro lado, tampoco puede admitirse que la falta de cumplimiento de la contraprestación afecte al título de adquisición del incumplidor, ya que antes de que este cumpla, el título —contrato— es plenamente válido y capaz de producir todos sus efectos, y el cumplimiento del contrato no constituye condición para su validez. Para PERSICO, ni siquiera puede sostenerse que el título posterior del sucesivo adquirente sea un título mediato, sino que es un título autónomo que no puede someterse a todas las limitaciones que afectan al título de su transmitente. En definitiva, a juicio de este autor, la inoponibilidad al tercero adquirente de la resolución por incumplimiento presupone necesariamente también la inoponibilidad de la simple excepción de incumplimiento, en cuanto que constituye un remedio diferente del primero, pero, con frecuencia, complementario de este.

acción nueva que por dirigirse contra el patrimonio del concursado sería competencia del juez del concurso.

Del mismo modo, si es el contratante *in bonis* el que demanda el cumplimiento del contrato, al tratarse de una acción contra el patrimonio del concursado, la competencia correspondería al juez del concurso y sería este igualmente competente para decidir sobre la excepción entablada por la concursada.

4.4.3. La «compatibilidad» del contrato con el concurso

Con arreglo al principio de vigencia, el contrato debe continuar ejecutándose tras el concurso de acuerdo a lo pactado, de modo que las partes deben cumplir las obligaciones acordadas conforme a lo convenido⁷⁴⁶. Ahora bien, por una parte, la vigencia del contrato no significa que subsistan todas sus cláusulas, incluidas aquellas que resulten incompatibles con el concurso, y por otra, cabe la posibilidad de que se acuerde la modificación de alguna de las condiciones inicialmente estipuladas.

Aunque la Ley Concursal no recoge disposición alguna que prevea la ineficacia de aquellas cláusulas contractuales que resulten incompatibles con los principios y reglas concursales, ello puede deducirse de forma implícita de la Ley, si bien habrá que determinar caso por caso cuándo una disposición contractual no es compatible con el procedimiento concursal⁷⁴⁷. Nos encontramos ante un procedimiento especial en el que el legislador establece una serie de reglas funcionales de obligado cumplimiento. Tales reglas supeditan los intereses particulares y privados de los acreedores aislados a la consecución del interés general, representado por el interés del concurso, el cual debe dirigirse a la satisfacción de los acreedores. En este sentido, y con el fin de garantizar la eficacia del principio de vigencia del contrato, el legislador ha considerado ineficaces todas aquellas cláusulas contractuales «que establezcan la facultad de resolución o

⁷⁴⁶ Así, MARTÍNEZ FLÓREZ, A. entiende que «lo que quiere decir la norma es que la declaración de concurso por sí sola no es suficiente para alterar o modificar el contrato, de manera que las partes seguirán obligadas en los mismos términos en que lo estaban antes de la declaración de concurso», v., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pgs. 1143 y 1144.

⁷⁴⁷ En el Derecho anterior, FÍNEZ —v., *los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pg. 291—entendía que «parece mas razonable adoptar como principio general la asunción total del contrato, aun entendiendo que en la libertad de elección de los síndicos se ha de valorar la presencia de tales cláusulas contractuales, es decir de las condiciones a las que hayan de someterse una vez ejercitada la facultad de continuación». La opinión de FÍNEZ es recogida por JUAN Y MATEU, F., *La extinción de los contratos bancarios de apertura de crédito*, cit., pg. 339 y, del mismo autor, «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», *ADCo*, 13, pg. 118. Sin embargo, tales razonamientos arrancan de una continuación del contrato debida a la libre elección del órgano del procedimiento, mientras que en el sistema de la Ley Concursal el contrato sigue vigente, y el concursado intervenido o la administración concursal tendrán la facultad de resolverlo en interés del concurso. En este sentido, lo que parece más razonable es considerar la distinción entre aquellas cláusulas contractuales incompatibles con el procedimiento, de manera que las partes no podrán hacerlas valer una vez declarado el concurso, y aquellas otras cláusulas contractuales que resulten especialmente gravosas para el concurso, que incidirán en la valoración que haya de hacerse del interés del concurso determinante de su resolución.

extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes» (art. 61.3 LC). Por las mismas razones de efectividad de los principios y reglas concursales, según hemos visto, no serían eficaces aquellas cláusulas contractuales que exigieran la continuación del contrato tras el concurso, pues privarían al concursado intervenido o a la administración concursal de la facultad de resolver el contrato en interés del concurso (art. 61.2-II), y tampoco no serían válidas las cláusulas de sumisión expresa a un determinado fuero judicial cuando la norma atribuye la competencia al juez del concurso y exige que la cuestión se sustancie por la vía del incidente concursal, como ocurre con el ejercicio de la acción resolutoria por incumplimiento (art. 62.2 LC). Estamos ante normas imperativas que no puede alterarse en detrimento de los intereses del procedimiento. Téngase en cuenta que la naturaleza disponible de una norma se funda en que quien la altera o deroga es el titular exclusivo del interés protegido por ella, y esto no sucede con las normas concursales⁷⁴⁸. Además, las normas especiales de competencia y procedimiento previstas en el ámbito de la resolución de los contratos parecen acordes con la regla concursal que exige autorización del juez para enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa (art. 43.2 LC).

Por otro lado, en el supuesto de que el contrato recogiera un acuerdo dirigido a someter a arbitraje los conflictos que el mismo origine, impidiendo a los tribunales conocer de dichas controversias, habrá de tenerse en cuenta que «la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado», si bien, cuando el juez del concurso considere que dichos pactos o convenios pueden suponer un perjuicio para la tramitación del concurso «podrá acordar la suspensión de sus efectos» (art. 52.1 LC). Esta previsión no tiene su origen en la Ley Concursal, sino que procede de la disposición final tercera de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje.

En su redacción original, el artículo 52.1 de la Ley Concursal disponía que los convenios arbitrales en los que es parte el deudor «quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso». No obstante, la norma no podía interpretarse de forma absoluta ni el acuerdo sufría una pérdida de eficacia general que afectara a cualquier materia objeto de controversia, sino que el acuerdo solo dejaba de tener eficacia respecto de las materias atribuidas al conocimiento del juez del concurso⁷⁴⁹. La norma contemplaba una ineficacia temporal (hasta que el concurso concluya por alguna de las causas legalmente previstas) y limitada (a los arbitrajes que versen sobre materias atribuidas a la competencia del juez del concurso) de los acuerdos arbitrales. De manera que, desplegaría su operatividad ante la pretensión del contratante *in bonis* de iniciar el

⁷⁴⁸ GARCÍA VICENTE, J. R., «Art. 61. De los efectos sobre los contratos», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pg. 684.

⁷⁴⁹ V. BELLIDO, R., «Art. 52. Procedimientos arbitrales», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 1014; y CORDÓN MORENO, F., «Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del art. 52.1 LC)», *ADCo*, 23, 2011, pgs. 163 y ss., en especial, pgs. 166 y 167.

procedimiento arbitral contra el concursado, y no cuando fuera el propio concursado intervenido o la administración concursal el que ejercitase la acción frente a la parte *in bonis*. Además, sería igualmente operativa en caso de reconvencción formulada por la parte *in bonis* frente al concursado. Si bien, cuando la pretensión se dirija a la resolución por incumplimiento del contrato con obligaciones recíprocas pendientes, la norma tendría plena eficacia, con independencia de que el concursado sea demandante o demandado, ya que en tal caso y de forma imperativa la competencia corresponde en exclusiva al juez del concurso por la vía del incidente concursal.

Sin embargo, el precepto fue criticado por su falta de coherencia a la luz del propio apartado segundo del artículo 52 y en relación con la regulación prevista para los procedimientos judiciales nuevos o pendientes. La Ley Concursal permite que se inicien nuevos juicios declarativos contra el deudor después de la declaración de concurso, aunque el conocimiento de los mismos corresponderá al juez del concurso (art. 50.1 en relación con el art. 8.1.º LC). Permite también que se continúen «los juicios declarativos en los que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso» ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos (art. 51.1). Lo que no podrán iniciarse ni continuarse serán nuevas ejecuciones y apremios (conforme a lo previsto en el art. 55 LC). Ello parece coherente con el principio de *vis attractiva* que informa la Ley Concursal, que en aras de la necesaria unidad procedimental y de decisión se dirige a concentrar en el procedimiento concursal todas las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor.

Sin embargo, no parecía coherente que cuando se trataba de procedimientos arbitrales se impidiera la eficacia de los acuerdos, y mantuviera el juez del concurso el control sobre los nuevos procedimientos que se quieran plantear, y, en cambio, los procedimientos arbitrales en tramitación continuaran hasta la firmeza del laudo, y perdiera el juez del concurso el control sobre los mismos (art. 52.2 LC)⁷⁵⁰. De ahí que con el cambio de regulación se pretenda «mantener la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración de concurso. Es el caso, entre otras, de las acciones relativas a la existencia, validez o cuantía de un crédito, las destinadas al cobro de deudas a favor del deudor, las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero en posesión del deudor concursal, los litigios relativos a planes de reorganización concluidos entre el deudor y sus acreedores antes de la declaración de apertura». No obstante lo anterior, se faculta al juez del concurso, para suspender de efectos los pactos o convenios arbitrales previamente suscritos, si entendiéndose que los

⁷⁵⁰ V. CORDÓN MORENO, F., «Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del art. 52.1 LC)», cit., pgs. 172 y 173.

En este sentido, la Exposición de motivos de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Reforma de la Ley de Arbitraje recoge en relación a la nueva redacción del art. 52.1 de la LC que esa nueva redacción se adapta a las soluciones comunitarias en la materia y «elimina la incoherencia existente hasta la fecha entre los dos apartados del artículo 52».

mismos puede suponer un perjuicio para la tramitación del concurso (Exp. de mot. Ley 11/2011).

En consecuencia, el precepto exige estar a la naturaleza del conflicto en que se vea involucrado el concursado. Cuando la acción que se ejercite contra el mismo tenga su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarde relación inmediata con el concurso será el juez del concurso el competente para decidir de manera *exclusiva* y *excluyente* (art. 8.1º LC). De ahí que la declaración de concurso no afecte por sí sola al acuerdo, pero en base a las normas concursales especiales de atribución de competencia objetiva al juez del concurso, el acuerdo quedará privado de eficacia y la resolución del conflicto corresponderá al juez del concurso⁷⁵¹. Aunque el pacto no se suspenda y mantenga su validez, su eficacia vendrá limitada por las normas de competencia previstas en la Ley Concursal. En materia de contratos, la posible acción que se ejercite para exigir su resolución por incumplimiento está específicamente atribuida a la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso y al trámite del incidente concursal, si es ejercida tanto por el concursado como por la parte *in bonis*, de modo que un acuerdo que someta la cuestión a arbitraje carecería de eficacia frente al concurso. No obstante, cuando el objeto de la demanda sea otro —v.gr., el cumplimiento del contrato— y la competencia no corresponda al juez del concurso —v. gr., porque la acción no se dirija contra el patrimonio del concursado—, parece que el pacto de mediación o el convenio arbitral mantendría su eficacia frente al concurso, siempre que el juez del concurso no considere que pueden suponer un perjuicio para la tramitación del procedimiento, en cuyo caso podrá suspender sus efectos.

4.4.4. La posibilidad de «modificar» el contrato: la actuación del órgano concursal sustituto

Aunque ni el concursado ni la parte *in bonis* pueden imponer un cambio en las condiciones inicialmente pactadas (art. 1256 CC), cuando la cláusula contractual no sea incompatible con el procedimiento, pero resulte especialmente gravosa para el concurso, será posible que, en ejercicio de las correspondientes facultades de carácter patrimonial, las partes puedan acordar la modificación de algunas de las condiciones inicialmente estipuladas⁷⁵². Aun partiendo de que el principio de vigencia exige que el contrato se

⁷⁵¹ V. CORDÓN MORENO, F., «Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del art. 52.1 LC)», cit., pg. 175.

La norma tiene un alcance general relativo a los pactos de mediación y convenios arbitrales suscritos por el concursado, por lo que habría de cuestionarse su eficacia en relación a los arbitrajes sujetos a regulación especial. En este sentido, el art. 58 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores.

⁷⁵² V., en relación con el suministro, JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., pg. 118. Si bien, este autor en principio mantiene que el contrato prosigue con el mismo contenido, sin que puedan desplazarse cláusulas particulares.

También, en el Derecho italiano GUGLIELMUCCI, con respecto a los contratos de ejecución instantánea admite que la decisión de los síndicos de sustituir al quebrado en el contrato vaya precedida de una

cumpla conforme a lo estipulado, nada impediría que las partes en uso de sus facultades de negociación y en atención al principio general de conservación de los negocios puedan modificar algunas de las condiciones contractuales, no obstante las limitaciones sobre las facultades patrimoniales del deudor que conlleva la declaración de concurso.

Las limitaciones que sufre el concursado sobre sus facultades patrimoniales se dirigen a conservar el patrimonio del deudor con el único fin de proteger los intereses de los acreedores. Ni la intervención, ni la suspensión afectan a la titularidad de las facultades de disposición y administración sobre los bienes que integran la masa activa, sino solo a su ejercicio. En el primer supuesto, el concursado precisa la autorización o conformidad de la administración concursal para administrar y disponer, en el segundo se suspende el ejercicio por el deudor de las facultades de disposición y administración sobre su patrimonio y es sustituido por los administradores concursales (art. 40 LC). Determinar el ámbito de aplicación de las limitaciones no es tarea fácil ya que no resulta sencillo precisar cuándo estamos ante un acto de disposición y administración. No obstante, se ha puesto de manifiesto, que los actos que impliquen modificación o transformación de derechos, ya sean reales o de crédito, constituyen actos de disposición sujetos a intervención o a suspensión⁷⁵³. Si como regla general el concursado puede contratar y obligarse, no podrá hacerlo o no podrá hacerlo por sí solo cuando el acto que suponga la asunción, extinción o modificación de obligaciones pueda ser calificado como acto de administración o disposición. El concursado intervenido o la administración concursal en caso de suspensión podrían convenir con el contratante *in bonis* un cambio subjetivo en la relación (mediante cesión) u objetivo (mediante modificación, aumento o reducción de la prestación inicialmente prevista) o alterar el esquema temporal del contrato (aplazando la obligación o modificando los plazos o términos inicialmente previstos) o el lugar de cumplimiento o cualquier otra condición contractual. Si el concursado está sujeto a intervención necesitará la autorización o conformidad de la administración concursal, y en caso de suspensión será la administración concursal la que deba realizar esas operaciones, de modo que, si el acto fuera realizado por el deudor en contravención de tales limitaciones la sanción legalmente prevista es la anulabilidad (art. 40.7 LC). Asimismo, en caso de suspensión, el administrador concursal podrá ejercer personalmente esas facultades o podrá recurrir al auxilio de delegados cuando la complejidad del concurso lo exija (art. 32 LC), y tanto los administradores concursales, como los auxiliares delegados desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal (art. 35.1 LC), respondiendo frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia (art. 36 LC). En todo caso, en el ejercicio de esas facultades de disposición y administración sobre la masa activa, tanto el concursado intervenido como

renegociación del mismo, v. *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Milán, 2006, pg. 37.

Por todos, SALELLES, J. R., «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso», cit., pgs 3168 y 3169.

⁷⁵³ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 40. Facultades patrimoniales del deudor», cit., pg. 796.

la administración concursal deberán atender a la conservación del patrimonio concursal del modo más conveniente para los intereses del concurso y deberán tener en cuenta que no podrán enajenar o gravar bienes y derechos del patrimonio del deudor sin autorización del juez (art. 43 LC).

Ahora bien, si no plantea especiales problemas el hecho de que el concursado en uso de su autonomía de la voluntad y de su poder de disposición sobre el contrato inicialmente pactado pueda modificar alguna de sus cláusulas, aunque necesite autorización o conformidad del administrador concursal e incluso la autorización del juez (art. 188 LC), alguna duda puede suscitar la circunstancia de que ese poder de disposición sobre el contrato lo ejerza el órgano concursal sustituto, aunque la «sustitución» legal no conlleva una modificación subjetiva de la relación obligatoria, de la que sigue siendo titular el deudor concursado.

Desde el momento en que el patrimonio del deudor y las relaciones jurídicas que lo integran se destinan principalmente a la función de responder frente a todos los acreedores, la normativa concursal coloca esas relaciones jurídicas en una situación especial. Del mismo modo que existe la posibilidad de que se realicen actuaciones que no se podrían llevar a cabo en caso de normalidad patrimonial (v. gr., la resolución de los contratos o su continuación en interés del concurso), los contratos pendientes en el concurso sufrirán alteraciones en aras de las exigencias funcionales del procedimiento. La «función» de la administración concursal es el reflejo subjetivo de los efectos que el concurso genera sobre el deudor y su patrimonio, incluidos los contratos concluidos por este. De ahí que no pueda entenderse, ni aun en el supuesto de que el administrador concursal sustituya al deudor en los actos de disposición y administración sobre su patrimonio, que tenga una posición autónoma frente a terceros. La posición del órgano deriva de su *legitimación funcional indirecta* y de la específica relación que le vincula al contrato en cuestión, y está jurídicamente configurada por las características de la relación entre el concursado y el contrato antes del concurso. De modo que, como se ha afirmado, el administrador concursal en todas las relaciones jurídicas obligatorias que encuentra en el patrimonio sujeto a concurso, nacidas con anterioridad a la apertura del procedimiento y pendientes de cumplimiento, debidas a la actividad del deudor común, ocupa la misma posición que este⁷⁵⁴.

Ante los contratos pendientes la administración concursal puede ocupar la posición de causahabiente o de tercero. Ordinariamente actuará *avente causa* del concursado, cuando base su pretensión en la masa activa y actúe en lugar del deudor (v. gr., cuando exige el cumplimiento del contrato o ejerce la resolución por incumplimiento). No obstante, nada impide que realice actos que, en principio, no corresponden al deudor, sino a los acreedores; así, cuando ejerce la acción de nulidad por simulación respecto de un negocio concluido con anterioridad al concurso. En este

⁷⁵⁴ A nuestro modo de ver, esa legitimación funcional indirecta es la que mejor explica la función que cumple la administración concursal, v. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., pgs. 92 y ss.

supuesto no puede afirmarse que la administración concursal se sitúa en la posición del deudor, sino que está actuando en interés del concurso. Del mismo modo que la apertura del procedimiento conlleva limitaciones patrimoniales sobre el deudor que se ven complementadas a través de la sustitución o de la intervención de la administración concursal⁷⁵⁵, la necesidad de canalizar todas las pretensiones crediticias frente al concurso altera los mecanismos de tutela de que disponen los acreedores frente al deudor. La posibilidad que tiene el acreedor de agredir el patrimonio del deudor en defensa de su derecho de crédito mediante las correspondientes acciones de que le provee el Ordenamiento (rescisoria, subrogatoria, resolutoria...) es sustituida por la actuación funcional del órgano concursal en interés del concurso. Si el órgano concursal viene legitimado para administrar y disponer del patrimonio, podrá realizar los actos concretos necesarios para llevar a cabo su función. Y si puede con autorización del juez enajenar o gravar bienes y derechos que integran la masa activa, podrá, legitimado por el juez (art. 21.1-2.º LC), adquirir nuevos bienes y derechos, contraer nuevas obligaciones o modificar en interés del concurso las ya existentes. Su actuación en este ámbito no solo se verá sujeta a las normas especiales que regulan su responsabilidad cuando actúe en contra o sin tener en cuenta el interés del concurso, sino también a las reglas generales que permiten declarar la ineficacia de aquellos actos que no reúnan los requisitos de validez exigidos por las normas⁷⁵⁶.

4.5. Las consecuencias del principio de vigencia

Del principio de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas derivan dos consecuencias fundamentales. En primer lugar, que «las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa». En segundo lugar, que el concurso no conlleva una situación de incumplimiento de las obligaciones originadas en el contrato.

4.5.1. El cumplimiento tras el concurso: el contrato como contrato de masa

A diferencia del Derecho italiano, la ejecución del contrato no se suspende hasta que el órgano del procedimiento decide si cumple con cargo a la masa las obligaciones del concursado o resuelve el contrato atendiendo a las exigencias del procedimiento⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ V. BERCOVITZ, R., «art. 40», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, cit., pgs. 360 y 361.

⁷⁵⁶ El acuerdo de modificación negociada estará sometido a los requisitos generales de capacidad y eficacia de los negocios, de modo que la existencia de vicios en la voluntad del administrador concursal dará lugar a la posibilidad de declarar la ineficacia del acuerdo según el régimen jurídico general del Código Civil. V., estas ideas, en TIRADO, I., *Los administradores concursales*, cit., pgs. 100 y 101.

⁷⁵⁷ En el Derecho italiano la regla general es la suspensión de la relación pendiente, considerada la solución más conveniente para el procedimiento concursal, tanto desde el punto de vista organizativo como del económico, ya que la continuación o la resolución automáticas del contrato tras la apertura del procedimiento originarían unos costes que con la suspensión se tratan de evitar. En el supuesto de continuación, si el contrato no conviene a los fines y exigencias del procedimiento, el órgano concursal se verá acuciado por la necesidad de resolverlo ante la posibilidad de que el contratante *in bonis* cumpla en

Si la regla es la normalidad contractual, con arreglo a las normas generales que rigen los contratos con obligaciones recíprocas, y especialmente la compraventa, una parte no estará obligada a cumplir si la otra no cumple o no garantiza el cumplimiento. De modo que, si el concursado intervenido o la administración concursal en caso de suspensión exigen el cumplimiento del contrato deberán cumplir o garantizar su propio cumplimiento, ya que en otro caso la contraparte *in bonis* podría hacer uso de la excepción de incumplimiento contractual o de riesgo de incumplimiento (arts. 1466 y 1467 CC), del mismo modo que conforme al artículo 62 de la Ley Concursal podría resolver el contrato por incumplimiento. En nuestra opinión, el legislador concursal, siguiendo las soluciones doctrinales generadas bajo el Derecho codificado⁷⁵⁸, decide de forma consciente mantener aquellos mecanismos de defensa a favor del acreedor *in bonis* reconocidos por el Derecho común, como contrapartida a la resolución del contrato en interés del concurso (art. 61.2 LC) o a la posibilidad de que el juez decida mantener el contrato en interés del concurso aunque concurra un incumplimiento del concursado (art. 62.3 LC).

El contrato vigente se convierte así en un contrato de masa, ya que las prestaciones a cargo del deudor habrán de ser atendidas por el concursado intervenido o la administración concursal, para lo cual recabarán de la masa activa los recursos necesarios. Si se trata de una compraventa de vivienda en la situación frecuente de concurso de la constructora-vendedora, deberá continuarse la construcción, y el comprador *in bonis* seguirá abonando los plazos del precio conforme a lo convenido.

En el momento en el que deba cumplirse la obligación pendiente a cargo del concursado —momento del vencimiento— deberá satisfacerse el crédito contra la masa, ya que estos créditos, «cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos». La administración concursal no debe esperar a la elaboración de la lista de acreedores ni a la formación del inventario, sino que debe

el interin su prestación y el crédito por la contraprestación a su favor deba satisfacerse con cargo a la masa. A su vez, en caso de resolución automática del contrato, cuando este es necesario para la consecución de los fines del procedimiento, el órgano concursal habrá de contratar otro de análoga función con las dificultades que para ello puede suponer la quiebra del deudor. Frente a estos inconvenientes, la suspensión de la relación obligatoria conlleva una situación en la que el contrato se mantiene en vigor pero carece de vigencia, ya que las partes no pueden ejecutar las prestaciones que del mismo se derivan.

La finalidad de la suspensión es permitir a la sindicatura el ejercicio de su facultad de elección entre la posibilidad de sustituir al quebrado en el contrato o resolverlo. No obstante, la situación de suspensión de los efectos contractuales podrá subsistir hasta la clausura del procedimiento de quiebra, salvo que el contratante *in bonis* coloque en mora a la sindicatura y haga que el juez delegado le asigne un término no superior a sesenta días para que se decida por la sustitución o la resolución.

Ahora bien, si esta solución, en principio, parece más conveniente para el procedimiento, no resulta, en cambio, conveniente para el contratante *in bonis*, que se ve sujeto a la incertidumbre de la sindicatura, sin que pueda dar curso al contrato ejecutando su propia prestación o acudir a la resolución. V. VATTERMOLI, D., «Rapporti pendenti», en Nigro, Sandulli y Santoro (dir.): *La legge fallimentare dopo la riforma*, t. I, Turín, 2010, pgs. 992 y ss.

⁷⁵⁸ V., por todos, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento en la quiebra*, cit., pg. 124 y n. 197.

proceder al pago íntegro e inmediato de esos créditos y, en caso de falta de numerario, debería recabar la correspondiente autorización judicial para la enajenación de bienes de la masa activa con los que satisfacer esos créditos contra la masa⁷⁵⁹, y aunque el contrato resulte posteriormente resuelto en interés del concurso. De ahí la necesidad de que la administración concursal tenga un conocimiento oportuno y lo más completo posible de los contratos pendientes del concursado⁷⁶⁰.

No obstante, la regla del pago al vencimiento de los créditos contra la masa no tiene carácter absoluto, «la administración concursal podrá alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa» (art. 84.3 LC)⁷⁶¹. Los créditos por las prestaciones vencidas a cargo del concursado derivados del contrato pendiente podrán verse postergados en el pago con respecto a otros créditos de vencimiento posterior o que aún no se hallen vencidos. Si la regla exige el pago al vencimiento y no por el orden de los vencimientos, parece claro que la administración concursal podrá alterar esta regla pagando créditos que aún no hubieran vencido. Para ello necesitará acreditar la concurrencia de dos requisitos: la conveniencia para el interés del concurso y su presunción de que existe masa activa suficiente. Con la lista de acreedores que acompañará la presentación del informe por la administración concursal (art. 75 LC) deberá adjuntarse una relación separada, donde «se detallarán y cuantificarán los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, con indicación de los vencimientos» (art. 94.4 LC). En esa previsión de créditos contra la masa susceptibles de devengarse a lo largo del concurso deben incluirse los que procedan de los contratos pendientes. Aunque el hecho de que los créditos se encuentren pendientes de vencimiento no altera su condición de créditos contra la masa, ni los convierte en condicionales o contingentes, de ahí que no se aprecie más razón procesal o material para exigir la constancia de los vencimientos en la relación de créditos contra la masa que servir como prueba de la presunción de la suficiencia de masa.

En cualquier caso, puesto que los créditos contra la masa no deben ser comunicados en el concurso, para la elaboración detallada del listado de estos créditos será preciso que la administración concursal pueda prever qué contratos subsistirán tras la apertura del procedimiento porque no conviene su resolución en interés del concurso.

⁷⁵⁹ Para ello, podrá acudir incluso a la enajenación de bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial, siempre que respete el derecho de preferencia de tales acreedores (art. 155.3 LC). V. BELTRÁN, E., «Art. 154. Pago de créditos contra la masa», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 2434; y GARRIDO, J. M., «Art. 155. Pago de créditos con privilegio especial», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 2457.

⁷⁶⁰ En este sentido, se ha apuntado que el contratante *in bonis* no vendría obligado a comunicar su crédito en el concurso, pero le convendría hacerlo para evitar las consecuencias de la comunicación tardía cuando del contrato derivan obligaciones anteriores y posteriores a la declaración de concurso, con el fin de evitar que la comunicación de una parte de sus créditos por las obligaciones pendientes pudiera ser interpretada como una renuncia a la condición de acreedor de la masa. V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1144.

⁷⁶¹ La norma establece expresamente que «esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, a los créditos tributarios y de la Seguridad Social».

Sin embargo, la Ley no recoge una previsión específica que permita al órgano del procedimiento obtener oportunamente una relación de los contratos pendientes donde se detalle su situación. Tal información solo se puede recabar indirectamente a través de la lista de acreedores que debe presentar el deudor con la solicitud de concurso (art. 6.2-4.º LC), o mediante el deber de colaboración e información que pesa sobre el deudor (art. 42 LC) o por medio del auxilio judicial que puede solicitar la administración concursal en ejercicio de sus facultades de administración y disposición (art. 43.1 LC).

4.5.2. Los créditos anteriores y los créditos posteriores a la declaración de concurso

En principio, solo tendrán la consideración de créditos contra la masa los derivados de las prestaciones a cargo del concursado, es decir, de las obligaciones que venzan con posterioridad a la declaración de concurso. En consecuencia, será preciso tener en cuenta el momento de vencimiento de las obligaciones y si deben ejecutarse de forma instantánea o de forma periódica. Si la obligación se configuró en el contrato como un todo indivisible, y aunque las prestaciones puedan ejecutarse de forma fraccionada, el interés del acreedor exigiría el tratamiento unitario de todas las prestaciones sin posibilidad de distinguir entre las anteriores y las posteriores a la declaración de concurso (v. gr., compraventa a plazos); en cambio, si la obligación fue concebida divisible, el cumplimiento de las prestaciones en que la obligación consiste puede obtenerse periódicamente, ya sea con ejecución continuada (v. gr., arrendamiento) o con ejecución repetida (v. gr., suministro) y será posible distinguir entre las obligaciones de vencimiento anterior y las de vencimiento posterior. Sin embargo, al establecer las consecuencias de la continuación del contrato tras la declaración de concurso de cualquiera de los contratantes y disponer que las prestaciones del concursado se realizarán con cargo a la masa, la Ley Concursal no distingue entre contratos de ejecución instantánea y contratos de ejecución sucesiva ni entre prestaciones anteriores o posteriores a la declaración de concurso. El artículo 61 solo establece la distinción entre contratos pendientes de cumplimiento por una parte y contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes. Ahora bien, parece claro que íntegramente cumplidos por una parte y pendientes de cumplimiento total o parcial por la otra, solo podrán hallarse los contratos de tracto único, ya que los de tracto sucesivo, si no se han extinguido antes de la declaración de concurso y permanecen vigentes, estarán en todo caso pendientes de cumplimiento por ambas partes. De manera que los contratos de tracto único como la compraventa si han sido cumplidos íntegramente por un contratante antes del concurso, generarán un crédito o una deuda frente al concurso que ingresarán respectivamente en la masa pasiva o en la masa activa, en tanto que si se encuentran pendientes de cumplimiento por ambas partes, las prestaciones a cargo del concursado se realizarán con cargo a la masa. En cambio, en los contratos de tracto sucesivo, que se mantendrán vigentes tras la declaración de concurso, solo serán a cargo de la masa las prestaciones a las que esté obligado el concursado; aquellas que se devengaron y vencieron antes de la apertura del procedimiento, cuando el deudor aún no

tenía la condición de concursado, serán créditos concursales⁷⁶². Parece, por tanto, que la distinción entre prestaciones anteriores y posteriores solo tiene sentido en relación con los contratos de tracto sucesivo.

En el supuesto de una compraventa de cosa cierta y determinada, el crédito del comprador *in bonis* e insatisfecho no es divisible y su calificación como concursal o contra la masa dependerá del cumplimiento anterior o posterior a la declaración de concurso y no del momento de vencimiento de las obligaciones. La regla del vencimiento es una regla para el pago de los créditos contra la masa, no una regla dirigida a determinar la naturaleza concursal o contra la masa del crédito, determinación que corresponde al legislador al elaborar la lista de créditos contra la masa (art. 84.2 LC), de modo que serán créditos concursales aquellos que conforme a la Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa (art. 84.1 LC). Si la calificación del crédito como concursal o contra la masa se hiciera depender del vencimiento de la obligación, en caso de concurso del vendedor-promotor inmobiliario, cuando la obligación de entrega del inmueble sea de vencimiento anterior a la declaración de concurso, el crédito del contratante *in bonis* sería en todo caso un crédito concursal sujeto al convenio o a la liquidación; aun cuando el comprador tampoco hubiera pagado la totalidad del precio y el contrato se hallara pendiente de cumplimiento por ambas partes, no habría obligaciones a cargo del concursado. Solo si la obligación de entrega vence después de la declaración de concurso, estando el contrato pendiente de cumplimiento por ambas partes, el crédito de la parte *in bonis* sería un crédito contra la masa. Asimismo, en caso de concurso del comprador, el crédito del vendedor *in bonis* e insatisfecho por el precio sería concursal si la obligación de pago era de vencimiento anterior al concurso y contra la masa si su vencimiento era posterior. Por tanto, si la obligación del concursado venció antes de la declaración de concurso, el crédito del contratante *in bonis* será un crédito concursal, aunque el contrato estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes. La solución para la parte *in bonis* sería la misma que si hubiera cumplido íntegramente su obligación antes del concurso y solo subsistiera pendiente la obligación a cargo del concursado. En ambos casos, el crédito del contratante no concursado sería un crédito concursal y no un crédito contra la masa. De ahí que, a nuestro modo de ver, en los contratos de tracto único, la calificación del crédito del contratante *in bonis* frente al concurso no puede determinarse en función del vencimiento de la obligación pendiente del concursado, sino que viene determinada por el cumplimiento o incumplimiento íntegro del contratante *in bonis*. Si cumplió dispone solo de un crédito frente al concurso, que podrá encontrarse vencido o pendiente de vencimiento, pero que será en todo caso un crédito concursal sujeto a la solución convenida o liquidatoria. Si no cumplió y el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, el crédito del contratante *in bonis* por la prestación a cargo del

⁷⁶² Esta es la concepción predominante en la doctrina a partir de la obra del profesor BELTRÁN, *Las deudas de la masa*, cit., pg. 158. Así, FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 292 y 293; y GARCÍA VILLAVARDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pg. 330, n. 58.

concurado se realizará con cargo a la masa; si ya estuviera vencido deberá satisfacerse inmediatamente, en otro caso, al vencimiento⁷⁶³. Y si el concursado no cumple, el contratante podrá ejercer la excepción de incumplimiento contractual o de cumplimiento defectuoso si se ve requerida para cumplir, e incluso acudir a la resolución por incumplimiento. Aunque cuando se trate de un contrato de tracto único, según la literalidad de la norma (art. 62.1 LC), no podría resolverse por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso, de modo que el ejercicio de la *exceptio* tendría la virtualidad de colocar al contrato en una situación de suspensión dirigida a provocar la decisión del administrador concursal en torno al cumplimiento del contrato o su resolución en interés del concurso. Esto es así porque se mantiene la protección que en los contratos con obligaciones recíprocas proporciona el sinalagma, el contratante no concursado no puede venir obligado a cumplir la prestación a su cargo si la contraparte concursada no puede cumplir a causa de la insolvencia. Situación que tiene su razón de ser cuando la prestación de la parte *in bonis* aún no se ha integrado en la masa activa y el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes.

Ahora bien, en los contratos de tracto sucesivo, lo que se decide en sentido estricto no es el cumplimiento del contrato, sino lo que «resta por cumplir», de modo que, el contratante *in bonis* no puede venir obligado a «seguir cumpliendo», a realizar «nuevas prestaciones» si la contraparte concursada no puede cumplir a causa de la insolvencia, de ahí la «garantía» que para él supone el cumplimiento con cargo a la masa de las prestaciones a que esté obligado el concursado. No obstante, la normativa no distingue entre las prestaciones a que esté obligado el concursado anteriores o posteriores a la declaración de concurso, y el artículo 84.2-6.º de la Ley Concursal al considerar créditos contra la masa los que «conforme a esta Ley, 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», también adolece de falta de claridad, pues conforme a la literalidad del precepto podrían considerarse prestaciones a cargo del concursado tanto las prestaciones anteriores, como las posteriores a la declaración de concurso derivadas de los contratos que continúen en vigor⁷⁶⁴. Ello ha permitido dos posibles interpretaciones. La primera considera que el

⁷⁶³ En este sentido, cuando en el contrato no se hubiera señalado plazo para cumplir habrá que estar a lo previsto en las normas civiles (art. 1113 y 1128 CC) y mercantiles (art. 62 CCom, en relación con los arts. 4 Ley 3/2004 de Medidas de Lucha contra la Morosidad y art. 17.1 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista), y, en su defecto, tratándose de un contrato con obligaciones recíprocas, a la regla del cumplimiento simultáneo.

⁷⁶⁴ No obstante, en palabras de la Audiencia Provincial de Bilbao (4.ª), sentencia 24.6.2008, «dentro de la relación de los créditos contra la masa, además de los llamados sintéticos o por voluntad legal y los derivados de la propia sustanciación del proceso concursal, están los débitos consecuencia de la gestión de los administradores concursales, que perseveran en las relaciones preexistentes del deudor, ya para mantener la actividad de la empresa, ya para liquidarla, o bien asumen nuevos compromisos para una y otra finalidad», v. en *Legislación y jurisprudencia concursales*, cit., pg. 161. De modo que serían créditos contra la masa los que se producen como consecuencia de la gestión de los administradores concursales y resultan del mantenimiento de las relaciones contractuales del deudor necesarias para mantener la actividad de la empresa o para liquidarla.

mantenimiento de los contratos tras la declaración de concurso obliga al concursado a cumplir con sus obligaciones pendientes —ya sean estas anteriores o posteriores a la declaración de concurso— con cargo a la masa activa del procedimiento. De manera que, antes de proceder al pago de los créditos concursales deberá deducirse de la masa activa el importe correspondiente a los créditos contra la masa (art. 154 LC), los cuales, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos (art. 84.3 LC). La segunda interpretación entiende que cuando se atiende a la naturaleza y características de los créditos concursales y de los créditos contra la masa⁷⁶⁵, es preciso distinguir entre las prestaciones pendientes antes de la declaración de concurso y las prestaciones devengadas con posterioridad a la apertura del procedimiento; solo deberán satisfacerse con cargo a la masa activa las segundas, en tanto que las primeras originarán créditos concursales que el contratante *in bonis* deberá comunicar en el procedimiento para su reconocimiento y clasificación y su posterior satisfacción conforme al convenio o de acuerdo a las normas de la liquidación. Los tribunales se han decantado mayoritariamente por esta última interpretación⁷⁶⁶.

⁷⁶⁵ En la configuración de los créditos contra la masa, los tribunales han considerado que todos los supuestos legales de créditos contra la masa tienen en común que se refieren a gastos u obligaciones que surgen «con posterioridad a la declaración de concurso o que, siendo anteriores se devengan con posterioridad y son precisos para que el propio concurso se tramite». Además, «los supuestos del artículo 84.2 son objeto de interpretación restrictiva porque suponen un privilegio». V. entre otras, SJM 1 Bilbao, 24.2.2006, y AJM 6 Madrid, 7.11.2006, en *Legislación y jurisprudencia concursales*, cit., pg. 162. Asimismo, los créditos contra la masa se caracterizan porque *no son créditos concursales*, y por ello gozan del beneficio de preeducibilidad (art. 154 LC) y deben ser atendidos en los términos del art. 84.3 LC. Solo los créditos concursales, en cuanto créditos anteriores a la declaración de concurso, son objeto de reconocimiento y clasificación. La *extraconcursalidad* de los créditos contra la masa se justifica en la medida en que permiten el desarrollo del proceso. Así, su esencia radica, más que en su extraconcursalidad adjetiva o procesal, en su extraconcursalidad material, esto es, no tanto en el derecho de separación o en la ventaja procesal de ejecución separada, cuanto en el hecho de que se dirigen a permitir la constitución y posterior gestión del concurso. De esta manera, encontramos, por una parte, los créditos contra la masa *sintéticos*, que no reúnen los requisitos ideológicos del precepto (art. 84.2-1.º LC) y, por otra, los *gastos del procedimiento* (art. 84.2-2.º, 3.º, 4.º, 8.º LC) y los *créditos de continuidad* (art. 84.2-5.º, 6.º y 7.º). A nuestro modo de ver, en la categoría de los gastos habría de incluirse también, «el cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71.6» (art. 84.2-11.º LC), mientras que en la categoría de los créditos de continuidad deberían incluirse «los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado sometido a intervención» (art. 84.2-9º LC), del mismo modo y, excepcionalmente, tendrán la consideración de créditos contra la masa «los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo» (art. 84.2-10.º LC). V., las resoluciones recogidas en *Legislación y jurisprudencia concursales*, cit., pgs. 161 y 162, y, en la doctrina, BELTRÁN, E., «Art. 84. Créditos concursales y créditos contra la masa», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 1493 y ss, en concreto, pgs. 1500 y 1501.

⁷⁶⁶ V. SSJM 1 Murcia, 26.2.2005, 1 Bilbao, 24.2.2006, 1 Oviedo, 3.2.2006 y 13.3.2006, en *Legislación y jurisprudencia concursales*, cit., pg. 122. En relación con el artículo 84.2-6.º «se observa el principio general de reservar la categoría de crédito contra la masa a aquellos generados con posterioridad a la declaración de concurso. Así, serán con cargo a la masa las prestaciones del concursado, en tanto que el crédito anterior deberá ser calificado como crédito concursal ordinario», v. SSJM Murcia, 26.4.2005, 2 Barcelona, 21.7.2005, 1 Bilbao, 24.2.2006 y 1 Oviedo, 13.3.2006, en *Legislación y jurisprudencia concursales*, cit., pg. 168.

En la doctrina también se han señalado dos tesis. La *tesis de la unidad*, con arreglo a la cual tanto los nuevos créditos como los antiguos se calificarán de forma unitaria como créditos contra la masa. Y la *tesis de la división*, que se funda en una separación entre prestaciones y contraprestaciones anteriores al concurso, y prestaciones y contraprestaciones posteriores; la primeras originarían créditos concursales, las segundas créditos contra la masa⁷⁶⁷.

Por su parte, las normas concursales sobre contratos no permiten alcanzar soluciones definitivas. Así como el artículo 61 de la Ley Concursal parte de la distinción entre contratos pendientes de cumplimiento solo por una parte y contratos pendientes de cumplimiento por ambos contratantes, el artículo 62 de la Ley Concursal distingue entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo, y reconoce únicamente para estos últimos la posibilidad de resolución por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso. Por tanto, si la parte *in bonis* en un contrato de tracto sucesivo puede resolver por incumplimientos anteriores a la apertura del procedimiento, la contraparte concursada para enervar la resolución deberá cumplir con cargo a la masa las prestaciones anteriores. Del mismo modo, admitida la posibilidad de resolución, y ante la ausencia de norma expresa que imponga al contratante *in bonis* la obligación de cumplir sus obligaciones, no obstante la falta de ejecución del deudor concursado de las recíprocas a su cargo⁷⁶⁸, o se manifieste expresamente por el carácter concursal de los créditos anteriores a la declaración de concurso⁷⁶⁹, la contraparte *in bonis* podría ejercer

⁷⁶⁷ Como pone de manifiesto JUAN Y MATEU, con arreglo a la «tesis de la unidad», la continuación del contrato desplegaría una suerte de «eficacia retroactiva», «porque los créditos anteriores al concurso, que en principio estaban destinados a ser meros créditos concursales, se convertirían en créditos contra la masa. Desde el punto de vista de la administración del concurso, esta solución obligaría a elegir entre «todo o nada»: solo se podría conseguir la continuación del contrato si se está dispuesto a satisfacer con cargo a la masa la totalidad de créditos que de él se derivan, incluso los que nacieron antes de la declaración de concurso; en caso contrario, habría que renunciar a dicha continuación», v. «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., pg. 122. Esta solución sería, por tanto, la más gravosa para la masa concursal y condicionaría la decisión del administrador concursal o del propio concursado a la hora de mantener el contrato o resolverlo en interés del concurso.

⁷⁶⁸ En el Derecho francés (art. L.622-13 *Code de Commerce* y, en el mismo sentido, art. 37.2 de la Ley de 25 de enero de 1985), cuando en ejercicio de su derecho de opción, el órgano del procedimiento decide continuar con el contrato, el contratante *in bonis* debe cumplir sus obligaciones aunque el deudor no haya cumplido con anterioridad a la apertura del procedimiento. Frente a esos incumplimientos anteriores del deudor, el contratante *in bonis* solo dispone de un derecho a comunicar su crédito en el pasivo, de modo que no puede reclamar esos pagos anteriores con cargo a la masa ni ejercer frente a la decisión del administrador de continuar con el contrato la excepción de incumplimiento contractual o la facultad de resolución por incumplimiento. V. SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit des entreprises en difficulté*, pg. 352; y MONSERIE, M. H., *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, cit., pgs. 75 y ss.

⁷⁶⁹ El Derecho alemán prevé en el art. 105 de la *Insolvenzordnung* que cuando las obligaciones pendientes sean divisibles el contratante *in bonis* que hubiera cumplido parcialmente las prestaciones a su cargo en el momento de apertura del procedimiento de insolvencia, será acreedor concursal por la contraprestación insatisfecha del concursado, aunque el administrador de la insolvencia exija el cumplimiento de las obligaciones pendientes tras la declaración de concurso. Asimismo el contratante *in bonis* no puede a causa del incumplimiento de su derecho a la contraprestación, exigir la devolución con cargo a la masa de la prestación que realizó y entró en el patrimonio del deudor con anterioridad a la apertura del procedimiento. No obstante, la norma no está exenta de polémica en relación con algunos contratos

la excepción de incumplimiento contractual, y obligar así al concursado intervenido o a la administración concursal en caso de suspensión a cumplir o a garantizar el cumplimiento con cargo a la masa de las obligaciones incumplidas con anterioridad a la declaración de concurso⁷⁷⁰. De esta manera, en la práctica, determinados contratos de

concretos como el suministro, v. MAROTZKE, W., *Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht*, Berlín, 1998, pgs. 162 y ss.

Sobre el fundamento de esta normativa, v., la clara exposición de JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., pgs. 122 a 129.

Frente a ello, en el Derecho italiano, ya el legislador de 1942 había dictado disposiciones referidas a determinados supuestos de contratos de duración, suministro (art. 74.2 *legge fallimentare*) y seguro de daños (art. 82.2 *legge fallimentare*) en los que la sustitución de la sindicatura en el contrato comportaba la satisfacción con cargo a la masa de todos los créditos del contratante *in bonis*, incluidos los derivados de prestaciones anteriores a la apertura del procedimiento. Esta solución, que se extendía a contratos que no eran propiamente contratos de duración como la compraventa con entregas periódicas o fraccionadas (art. 74.1 *legge fallimentare*), se consideró aplicable a todos los contratos de duración. En relación con el suministro la normativa ha sido objeto de una importante modificación, al suprimirse la referencia a contratos específicos y generalizarse la solución normativa a toda la categoría de los contratos de ejecución continuada o periódica. No obstante, cuando aún se mantenía la referencia al contrato de suministro y a la compraventa con entregas fraccionadas, la doctrina ya consideraba que el artículo 74 de la *legge fallimentare* suponía una derogación del principio de la *par condicio creditorum*, que encontraba su fundamento en la naturaleza duradera de los contratos y en la facultad del contratante *in bonis* de suspender la ejecución del contrato, v. MIRONE, A., «Compravendita e somministrazione», en Guglielmucci (dir.): *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Milán, 2006, pg. 99. El carácter excepcional de la normativa también se ha mantenido en la jurisprudencia, v. JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., pg. 130.

⁷⁷⁰ En el Derecho codificado GARCÍA VILLAVARDE, tras reconocer la posibilidad de oponer la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus* como regla general para los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes una vez declarado el concurso, puntualiza que en el caso de los contratos de duración «las deudas anteriores a la declaración de quiebra, si ha cumplido con su prestación el acreedor del quebrado, deben insinuarse como créditos concursales, sin que estén protegidos por dicha *exceptio*», v. «Una forma especial de garantía: los efectos de la declaración de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», cit., pg. 330, n. 58.

A nuestro modo de ver esta sigue siendo la solución más razonable para los contratos de duración. Como indica JUAN Y MATEU con respecto al suministro, en este tipo de contratos existen un «sinalagma genético», que une en abstracto las obligaciones de entrega con la contrapartida de las obligaciones de pago, y una serie de «sinalagmas funcionales» que unen cada una de las concretas obligaciones de entrega con su obligación correspondiente de pago, y que son una concreción del «sinalagma genético», y frente al concurso tendrá eficacia la reciprocidad que corresponde a cada uno de esos sinalagmas funcionales, si cada una de las parejas que conforma cada prestación y su respectiva contraprestación son independientes entre sí y susceptibles de satisfacer separadamente el interés del acreedor, la protección concursal no se despliega ante el sinalagma genético, de modo que la norma no se puede aplicar cuando se trata de parejas de prestaciones y contraprestaciones anteriores a la apertura del procedimiento concursal en las que la parte *in bonis* ya había ejecutado su prestación y faltaba la contraprestación del deudor, v., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., pg. 132. Sin que por idénticas razones sea aplicable la excepción de incumplimiento contractual, cuando el sinalagma genético no tiene eficacia frente al concurso.

También, GARCÍA VICENTE, en relación con la calificación de los créditos cuando el contrato se mantiene en interés del concurso (art. 62.3 LC), entiende que «en los contratos de tracto sucesivo es posible fragmentar las prestaciones sucesivas de modo que podemos asimilar la posición del contratante *in bonis* en este tipo contractual al contratante *in bonis* que ha cumplido íntegramente su prestación «antes» del concurso (art. 61.1 LC) con posiciones semejantes en cuanto al riesgo que soportan en virtud de la declaración de concurso. No hay, podríamos decir, una razón que nos permita establecer una diferencia de trato a partir de situaciones materialmente iguales. La estructura del contrato de tracto sucesivo influye sobre la determinación de los hechos que consienten la resolución, pero no sobre el reparto de los riesgos de la declaración de concurso sobre su cumplimiento». Es cierto, que en el supuesto del art. 62.3, cuando el contrato se mantiene en interés del concurso, el contratante *in bonis* soportaría la

tracto sucesivo con prestaciones divisibles de vencimiento anterior y posterior a la declaración de concurso necesarios para los fines del procedimiento podrían verse satisfechos íntegramente con cargo a la masa. En tales casos, la posibilidad de recurrir a la *exceptio* situaría al acreedor en una posición privilegiada frente al resto de acreedores del concursado, incluso frente a aquellos contratos de tracto sucesivo que por no resultar necesarios hubieran sido resueltos por incumplimientos del concursado anteriores a la declaración de concurso, ya que en cuanto a los efectos de la resolución la norma distingue expresamente entre las contraprestaciones del concursado incumplidas antes de la declaración de concurso, que generarán créditos concursales, y las contraprestaciones incumplidas después, que generarán créditos contra la masa (art. 62.4 LC)⁷⁷¹. En definitiva, la literalidad de las normas permitiría que en determinadas circunstancias para algunos contratos de tracto sucesivo los mecanismos de defensa del derecho de crédito en los contratos con obligaciones recíprocas funcionen como una verdadera «garantía» frente al concurso, ya que el contratante *in bonis* estaría obteniendo un cumplimiento íntegro frente a los demás acreedores del concursado por contratos pendientes. A mayor abundamiento, ante un contrato de duración necesario para el ejercicio de la actividad (v. gr., suministro de servicios esenciales que se prestan en situación de monopolio), el recurso a la resolución por incumplimiento se verá frustrado por el juez al imponer el mantenimiento del contrato en interés del concurso, con lo que el problema se trasladaría entonces a la calificación de los créditos derivados del mantenimiento del contrato en interés del concurso (art. 62.3 LC), donde también se ha alcanzado una solución favorable a la consideración de «todos» los créditos del contratante *in bonis* frente al concurso como créditos contra la masa. Esta solución se ha visto refrendada por el Tribunal Supremo en dos sentencias de 21 de marzo de 2012 (R. 272/09 y 473/09). En ellas, el Tribunal ha considerado que la masa, en cuyo interés se obliga el contratante *in bonis* a mantener el contrato no obstante la concurrencia del incumplimiento del concursado, debe responder frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse del contrato.

vigencia de un «contrato sin poder defenderse de los incumplimientos anteriores con la excepción de contrato no cumplido (si se permitiera su alegación, no tendría sentido la misma posibilidad de mantenimiento del contrato en interés del concurso) y que tal vez (aunque no necesariamente) debería obtener alguna ventaja de esta sujeción, pero tal ventaja no tiene por qué ser la subsanación de los incumplimientos anteriores con cargo a la masa. Es más, la regla de la subsanación, reduce las posibilidades de la propia administración de inclinarse por el mantenimiento de contratos ventajosos para la masa», v. «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso», *ADCo*, 13, 2008-1, pgs. 349 y ss, en especial, pg. 361.

⁷⁷¹ En este sentido, en relación con un contrato de crédito pendiente de cumplimiento, la SJ 1ª Instancia n.º 10 y de lo mercantil de Santander de 2.12.2009 consideró que aunque una lectura conjunta de los artículos 61 a 84 de la Ley Concursal podría permitir entender que todas las prestaciones debidas, anteriores y posteriores a la fecha de la declaración de concurso, tienen la consideración de créditos contra la masa, se considera más adecuada una interpretación sistemática de dichos preceptos con el artículo 62, ya que poco sentido tendría que si no existe incumplimiento posterior a la declaración de concurso, todas las prestaciones debidas incluidas las anteriores sean consideradas créditos contra la masa y que, en cambio, de existir dicho incumplimiento solamente las posteriores a la declaración sean crédito contra la masa y las anteriores se consideren crédito concursal, v. *ADCo*, 20, 2010-2, pg. 535. También, v. GARCÍA VICENTE, J. R., «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso», cit., pgs. 361 y 362.

4.5.3. La calificación de los créditos anteriores y el problema de la insuficiencia de masa

En la doctrina se han señalado las similitudes entre la solución prevista en los supuestos de continuación del contrato por disposición legal (art. 61.2-I LC) y los supuestos de continuación por decisión judicial (art. 62.3 LC). Tanto al establecer el principio de vigencia del contrato, cuanto al prever la posibilidad de que el juez del concurso enerve la resolución por incumplimiento y, en aras del intereses del concurso, disponga la continuación del contrato se imponen a cargo de la masa «las prestaciones a que esté obligado el concursado y las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado»⁷⁷². Así, también en el supuesto de continuación el contrato en interés del concurso se han suscitado dos tesis. La tesis mayoritaria, fundada en una *interpretación sistemática* de las normas, que considera créditos concursales los debidos con anterioridad al concurso, en tanto que los devengados durante su tramitación serían créditos contra la masa, y la tesis minoritaria, fundada en una *interpretación literal* de los preceptos y que entiende que cuando el juez «impone» a la parte *in bonis* el

⁷⁷² Para algunos autores tanto el art. 61.2-I, como el art. 62.3 conducen a situaciones semejantes, de modo que en ambos casos la solución será idéntica, v. MONSERRAT, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., pgs. 85 a 89 y 118 a 120. También, GÓMEZ MENDOZA, M., «Suministro y concurso: algunas cuestiones polémicas», en *RDCP*, 8, 2008, pgs. 369 y ss; y MAIRATA COROMINAS, J., «El privilegio específico del artículo 62.3 de la Ley Concursal (a propósito de la SAP Murcia de 29 de octubre de 2007)», en *RDCP*, 9, 2008, pgs. 225 y ss.

En cambio, otros consideran que frente a la regla de la continuación del contrato con el concurso, el mecanismo de la enervación judicial de la acción de resolución por incumplimiento presenta un carácter excepcional, contrastando las consecuencias deducibles en cada caso, v. JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., pg. 148.

Por último, de la confrontación entre ambas normas se ha deducido que la Ley rechaza que se puedan satisfacer con cargo a la masa las prestaciones incumplidas por el concursado con anterioridad al concurso en los contratos de tracto único. El art. 62 LC solo admite la posibilidad de resolver por incumplimientos anteriores en los contratos de tracto sucesivo, de modo que solo para estos contratos el juez podrá enervar la resolución por incumplimiento anterior al concurso e imponer con cargo a la masa las prestaciones anteriores debidas por el concursado. Cuando se trate de contratos de tracto único, que no podrán resolverse por incumplimientos anteriores, se excluiría la posibilidad de que, enervado el incumplimiento por el juez, las prestaciones anteriores se satisfagan con cargo a la masa. V. MARTÍNEZ FLOREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61)», en Rojo-Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 1146.

Frente a ello, el artículo 61.2-I LC no distingue entre contratos de tracto único y de tracto sucesivo, con lo que adopta una perspectiva más general, no excluyente. Por tanto, parece que en este supuesto habría que tomar en consideración cada caso concreto y si las prestaciones fraccionadas se concibieron en la contratación de forma unitaria o de forma autónoma e independiente. En el primer caso, solo concurriría un cumplimiento susceptible de satisfacer el interés del acreedor si se cumplen las prestaciones conjuntamente, y tras la declaración de concurso solo podrá considerarse cumplido el contrato por el concursado si satisface ambas prestaciones (anteriores y posteriores) como créditos contra la masa. En el segundo supuesto, cuando las prestaciones fraccionadas se concibieron de forma autónoma e independiente, podrán diferenciarse las prestaciones no ejecutadas con anterioridad al concurso de las pendientes de cumplimiento posterior; en relación con las primeras el acreedor *in bonis* dispondría de un crédito concursal; respecto de las segundas, sería un acreedor de la masa.

Evidentemente, ello exige delimitar previamente la categoría de los contratos de tracto único y de tracto sucesivo, teniendo en cuenta que el conflicto se produciría en las situaciones intermedias en las que sin ser de duración el contrato se pacta un cumplimiento fraccionado de las prestaciones (v. gr. compraventa de dos bienes muebles con pago del precio en dos plazos o compraventa de un bien con entrega fraccionada y pago aplazado del precio), v. MARTÍNEZ FLOREZ, A., «Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61)», en Rojo-Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 1145 y 1146.

cumplimiento del contrato en interés del concurso, aunque concurra un incumplimiento resolutorio, todas las prestaciones, tanto las debidas antes del concurso, como las que el concursado deba realizar después, serán a cargo de la masa⁷⁷³. Para la primera tesis, de admitir que toda la deuda del acreedor *in bonis* en un contrato de tracto sucesivo se convierte en crédito contra la masa, tales acreedores verían mejorada su posición mediante el recurso a la resolución por incumplimiento, y «no parece que el propósito del legislador haya sido el de alterar las reglas sobre calificación de créditos», que reservan la categoría de los créditos contra la masa a los generados con posterioridad a la declaración de concurso. En este sentido, una interpretación sistemática del artículo 62, donde la Ley Concursal regula las situaciones de incumplimiento anterior y posterior a la declaración de concurso (apartado 1), previendo en el primer caso, como efecto de la resolución, la calificación del crédito como concursal, y en el segundo caso, su calificación como crédito contra la masa (apartado 4), hace que el término «prestaciones debidas» del apartado 3 deba interpretarse en el sentido de prestaciones devengadas tras la declaración de concurso, de modo que los créditos anteriores serían genuinos créditos concursales⁷⁷⁴. Por su parte, la interpretación literal acude a la Exposición de motivos de la Ley Concursal —ep. III—, cuando dispone que se prevé la posibilidad de enervar la resolución por incumplimiento en interés del concurso y «con garantías para el derecho de la contraparte. Esas garantías, en interés de quien se ve forzado a seguir cumpliendo, no pueden ser otras que las que resultan de la literalidad del artículo 62.3 de la Ley Concursal: que con cargo a la masa serán abonadas las prestaciones adeudadas por el concursado, anteriores y posteriores a la declaración de concurso»⁷⁷⁵.

⁷⁷³ V., estas tesis recogidas en *Legislación y jurisprudencia concursales*, cit., pg. 128.

⁷⁷⁴ Las resoluciones judiciales toman en cuenta dos normas para su análisis sistemático, el art. 62.4 y el art. 84.2, ambos de la Ley Concursal. Con arreglo al primero de esos preceptos, si en caso de resolución por incumplimiento será concursal el crédito que corresponda a la parte *in bonis* cumplidora ante el incumplimiento del concursado anterior a la declaración de concurso, en tanto que el crédito correspondiente al contratante *in bonis* cumplidor frente al incumplimiento del concursado posterior a la declaración de concurso se satisfará con cargo a la masa; en caso de cumplimiento por disposición judicial, el crédito de la parte *in bonis* por los incumplimientos anteriores debería ser concursal, mientras que la masa solo deberá satisfacer los créditos posteriores. En cuanto al art. 84.2, se entiende que contiene una enumeración taxativa y cerrada de los créditos frente a la masa, de manera que, al no acogerse expresamente el crédito del contratante *in bonis* por deudas anteriores a la declaración de concurso, no se podría considerar crédito contra la masa.

En la doctrina, a favor de esta interpretación se manifiestan MONSERRAT, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», cit., pgs. 85 y 86, y GARCÍA VICENTE, J. R., «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso», cit., pgs. 360 a 362.

⁷⁷⁵ A favor de la interpretación literal, se manifiestan GÓMEZ MENDOZA —v. «Suministro y concurso: algunas cuestiones polémicas», cit., pgs. 372 y ss— y MAIRATA COROMINAS —v. «El privilegio específico del artículo 62.3 de la Ley Concursal (a propósito de la SAP Murcia de 29 de octubre de 2007)», cit., pgs. 230 y ss—, también, JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., pgs. 147 a 149 y, muy especialmente, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., pgs. 94 y ss. Esta autora pone de manifiesto, entre otros argumentos, que no todos los créditos anteriores a la declaración de concurso son créditos concursales (v. gr., art.84.2-1.º LC), y que no todos los créditos posteriores son créditos contra la masa (así acontece en los supuestos de rehabilitación de contratos o de enervación del desahucio, donde la administración concursal debe satisfacer o consignar la totalidad de

A nuestro modo de ver, aunque los argumentos de ambas tesis resultan atendibles⁷⁷⁶, debe tenerse presente la situación, frecuente en la práctica, de que en el procedimiento concursal no existan fondos disponibles para satisfacer los créditos contra la masa. Qué duda cabe que esta situación es el resultado de una problemática más profunda de concepción del propio procedimiento, al que los operadores acuden tarde, y de configuración de su presupuesto objetivo, que contribuye a ese retraso temporal⁷⁷⁷. Si bien, lo cierto es que cuanto mayor sea el coste del procedimiento, el coste por el mantenimiento o la resolución de los contratos, no solo se verá reducido el

las cantidades debidas al momento de la rehabilitación o pagar con cargo a la masa todas las rentas y conceptos pendientes (arts. 68, 69 y 70 LC). Por otra parte, no puede admitirse que el artículo 84.2 no se refiera de forma expresa a los créditos por prestaciones debidas al tiempo de la declaración de concurso y derivadas de un contrato cuyo cumplimiento es acordado por el juez en interés del procedimiento. Así, el art. 84.2-7.º, tras enumerar los créditos contra la masa que se derivan en caso de pago de créditos con privilegio especial sin realización de bienes y derechos afectos (art. 155.2 LC), en los supuestos de rehabilitación de contratos y los de enervación del desahucio, se refiere a «los demás previstos en esta Ley» en los que correspondan al concursado cantidades debidas y de vencimiento futuro, y tales casos no pueden ser otros que los del artículo 62.3. De hecho, la consideración de los créditos anteriores como créditos contra la masa es la solución legal prevista para todos aquellos supuestos en los que se impone al contratante no concursado continuar con el contrato atendiendo al interés del concurso. A juicio de la profesora MARTÍNEZ FLÓREZ, la posición de la parte *in bonis* en el contrato bilateral pendiente incumplido por el concursado y cuyo cumplimiento viene impuesto por el juez del concurso en aras del interés concursal difiere de la de cualquier otro acreedor concursal. Al verse obligado a seguir vinculado con la contratación, el cumplimiento íntegro de las prestaciones debidas es el precio que el concurso deberá pagar por sujetar al contratante no concursado al contrato en consideración al interés del concurso.

⁷⁷⁶ No obstante, tuvimos la oportunidad de hacer algunas consideraciones frente a la tesis de la literalidad, en «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», cit., pgs.457 a 460.

⁷⁷⁷ Antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal, la doctrina concursalista ya advirtió tales problemas y propuso vías de solución, v. ROJO, A., «La reforma del Derecho concursal español», y BELTRÁN, E., «El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico», ambos en *La reforma de la legislación concursal*, cit., pgs. 113 a 117 y 323 y ss, respectivamente.

No obstante, no se ha producido la reacción legislativa hasta la reforma producida por la Ley 38/2011, que ha regulado la posibilidad de que en el mismo auto de declaración de concurso se acuerde la conclusión por insuficiencia de masa activa «cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros» (art. 176 bis.4), la insuficiencia de masa se configura como una causa de conclusión del concurso (art. 176.3.º LC), pero la «suficiencia de masa» no se configura como un presupuesto de admisibilidad de la declaración de concurso y, además, se subordina la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa a la concurrencia de ciertos requisitos: que no sea previsible el ejercicio de acciones de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros. Por tanto, el juez podrá declarar un «concurso sin masa», aunque pueda producirse su conclusión en cualquier estado del procedimiento (art. 176.3.º y 176 bis.1 LC), v. MENÉNDEZ, A., y ROJO, A., *Lecciones de Derecho mercantil. El Derecho concursal*, Pamplona, 2012, pgs.31 y 32.

Por otro lado, cuando la situación sea de falta de liquidez pero no de insuficiencia de masa, se aplicarán las reglas generales, y la administración concursal deberá pagar *a sus respectivos vencimientos* los créditos contra la masa, si bien por el orden que considere conveniente atendiendo al interés del concurso, de modo que la decisión de atender un pago en detrimento de otro vencido con anterioridad solo podrá impugnarse si no es conforme al interés del concurso. No obstante, cuando el órgano del procedimiento tenga constancia de que la masa activa es insuficiente deberá comunicarlo al juez del concurso y procederá a pagar los créditos contra la masa conforme al orden establecido en la Ley «y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación» (art. 176 bis.2 LC).

grado de satisfacción de los acreedores concursales, sino que se producirá una pugna entre los acreedores en función de los cuales se ha abierto el procedimiento y los acreedores surgidos durante su tramitación, particularmente grave cuando se pretenda conservar la empresa en crisis. Desde una concepción literal de los preceptos, parece atendible que el pago íntegro de todas las prestaciones debidas por el concursado sea el precio que tiene que pagar el concurso por sujetar al contratante *in bonis* a las «exigencias» del interés concursal, de modo que, dejaría de ser un simple acreedor concursal para convertirse en un acreedor con derecho a un cobro preferente y quedarían conciliados los intereses del contratante *in bonis* con los intereses del concurso. No obstante, a nuestro modo de ver, la solución tanto en el supuesto de que el contrato subsista por disposición legal, como en el caso de que se mantenga por decisión judicial, habrá de ser la misma. Los créditos anteriores a la apertura del procedimiento concursal deben ser considerados créditos concursales, no solo porque se trata de créditos por prestaciones debidas al tiempo de la declaración de concurso, sino también porque la finalidad principal del procedimiento es la satisfacción de los acreedores concursales y, en cuanto sea posible, la conservación de la actividad empresarial, y ambos objetivos podrían verse frustrados si se mantuviera que las prestaciones adeudadas cuando se declara el concurso deben satisfacerse íntegramente con cargo a la masa. Considerar créditos contra la masa a las prestaciones debidas antes del concurso supondría otorgar un trato preferente a créditos anteriores a la apertura del procedimiento, lo que comportaría, en consecuencia, una disminución del grado de satisfacción de los demás acreedores anteriores y podría implicar una carga excesiva para el concurso que pusiera en peligro la continuidad de la actividad profesional o empresarial (art. 44 LC). Por tanto, la opción a favor del carácter concursal de las prestaciones devengadas con anterioridad a la declaración de concurso parece la más congruente con la función del procedimiento y el principio de *par condicio creditorum* en todos los supuestos de continuación de contratos.

4.5.4. La posibilidad de subordinar el crédito del contratante *in bonis*

La Ley Concursal regula la posibilidad de que los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61 y 62 puedan verse subordinados «cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el deudor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso» (art. 92.7º).

La norma se introduce en la Ley con ocasión de la reforma llevada a cabo 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. En principio, parece obedecer a una reacción legislativa frente a una normativa especialmente protectora del contratante *in bonis*, que considera a cargo de la masa todos los créditos 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» (art. 84.2-6.º LC). En cuanto créditos contra la masa, tales créditos se verán excluidos de la «regla de la concursabilidad», y no formarán parte de la lista de acreedores concursales que elabore la administración concursal ni serán objeto de clasificación, sino que serán satisfechos de forma inmediata si ya hubieran vencido, o a sus respectivos vencimientos (art. 84. 3 LC).

Sin embargo, las premisas del precepto no son claras. Inicialmente, la norma se aplicaría a los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61 y 62, es decir, tanto a los créditos del contratante *in bonis* frente al concurso cuando el contrato continúa vigente por disposición legal (art. 61.2) o se mantiene por decisión judicial (art. 62.3), como a los créditos derivados de los supuestos de resolución del contrato en interés del concurso (art. 61.2-II), o por incumplimiento (art. 62.4 LC). No obstante, la postergación del crédito debe referirse a un acreedor que *obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato*, y esta situación solo puede producirse ante aquellos supuestos en los que existe cumplimiento del contrato, ya sea por disposición legal o por decisión judicial, y no en los casos en que los créditos derivan de la resolución del contrato tanto en interés del concurso como por incumplimiento. Por tanto, el legislador no ha previsto la posibilidad de que el acreedor *in bonis* obstaculice la resolución del contrato en perjuicio del interés del concurso, que son los supuestos que con mayor frecuencia se han producido en la práctica. De ahí que cuando los tribunales se han enfrentado a una situación en la que se ponía de manifiesto una actitud de la parte *in bonis* dirigida a obstaculizar la resolución de un contrato en interés del concurso, han subordinado el crédito de la parte *in bonis*, pero no por la vía del artículo 92.7.º sino acudiendo a la aplicación analógica de la norma que en los supuestos de rescisión concursal califica los créditos de la contraparte en el contrato rescindido como créditos contra la masa, «salvo que la sentencia aprecie mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado» (art. 73.3 en relación con el art. 92.6.º LC). Así, se ha considerado que la renuencia de la parte *in bonis*, que se opone a la resolución del contrato en interés del concurso, pondría de manifiesto una actuación de mala fe que justificaría la subordinación de su crédito⁷⁷⁸.

Por otro lado, surge la cuestión de qué créditos del contratante *in bonis* se verían postergados en tales circunstancias. Si, como hemos mantenido, ante un contrato de tracto sucesivo o de duración con prestaciones fraccionadas y divisibles, susceptibles de satisfacer por separado el interés del acreedor, habría que distinguir entre los créditos anteriores a la declaración de concurso, que serían créditos concursales, y los que se deriven de la vigencia del contrato tras la declaración de concurso a cargo del concursado, que serían créditos contra la masa, los créditos susceptibles de subordinación serían únicamente los créditos posteriores a la declaración de concurso derivados de los contratos que continúan en vigor. No obstante, al amparo de la interpretación literal de las disposiciones contenidas en los artículos 61.2 y 62.3, dado

⁷⁷⁸ En este sentido, se citan entre otras, las SSJM 1 Bilbao, 26.10 y 12.11.2009, en el *ADCo*, 20, pgs. 531 y 533; y la SAP Álava (1.ª), 22.9.2010, *ADCo*, 23, pgs. 375 y 376.

que el legislador no distingue entre créditos anteriores y posteriores a la declaración de concurso, y alude únicamente a los créditos por las «prestaciones a que esté obligado el concursado» y a los créditos por las «prestaciones debidas o que deba realizar el concursado», podría pensarse que son créditos por «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) tanto los créditos derivados de las prestaciones anteriores, como los derivados de las prestaciones posteriores a la apertura del procedimiento, de modo que unos y otros serían créditos contra la masa y podrían verse subordinados por el juez si constata las circunstancias previstas en la norma. En este último supuesto, evidentemente, la subordinación del crédito tendría un mayor alcance y la «sanción» al contratante *in bonis* que obstaculiza el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso sería mayor.

Ahora bien, la posibilidad de subordinación de los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas exige que el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso⁷⁷⁹. Así, el precepto exige en primer lugar que concurra un interés del concurso favorable al cumplimiento del contrato. Los supuestos de continuación del contrato son dos. El contrato puede continuar conforme a lo previsto en el artículo 61.2 de la Ley Concursal, si la administración concursal no lo resuelve en interés del concurso; o bien puede continuar, cuando, no obstante la concurrencia de un incumplimiento resolutorio de cualquiera de las partes, el juez decida enervar la resolución y acordar el cumplimiento del contrato. En ambos casos, el contrato continuará en interés del concurso, y si el contratante *in bonis* obstaculiza el cumplimiento del contrato de forma reiterada, podría perjudicar el interés del concurso.

La norma requiere además una actuación del contratante *in bonis* dirigida a obstaculizar el cumplimiento del contrato⁷⁸⁰. El contenido de esa actuación exigirá una conducta de la contraparte no concursada dirigida a impedir, dificultar o entorpecer de cualquier manera el normal desarrollo de la contratación. Desde esta perspectiva, el mayor obstáculo al cumplimiento podría encontrarse en el incumplimiento de la parte *in bonis*. No obstante, la falta de cumplimiento de un contratante en un contrato con obligaciones recíprocas puede verse justificada por el incumplimiento de la contraparte. En este tipo de contratos la posibilidad de no cumplir si la otra parte no cumple o no garantiza el cumplimiento forma parte de la reciprocidad que fundamenta la contratación. Por otra parte, ante el incumplimiento de la parte *in bonis*, lo que el legislador ha previsto no es la subordinación de sus créditos, sino la posibilidad de

⁷⁷⁹ V., estos requisitos, en la SJM 1 Málaga, 26.5.2011, *ADCo*, 25, 2012, pgs. 579 y 580.

⁷⁸⁰ La SJM 1 Málaga, 26.5. 2011 citada considera que pese a la literalidad de la norma, que da a entender que las conductas obstaculizadoras deben ser actuales o presentes y, por lo tanto, posteriores a la declaración del concurso, la interpretación más favorable al interés del concurso aconseja entender que dichas conductas pueden ser tanto anteriores como posteriores a la declaración de concurso.

ejercicio de la resolución, con los efectos establecidos en la normativa, que califica de concursal el crédito a favor de la parte cumplidora derivado de la resolución por incumplimientos anteriores al concurso, y contra la masa el crédito derivado de la resolución por incumplimientos posteriores a la declaración de concurso, sin que parezca posible entender que además de la resolución, al crédito se le sanciona con la subordinación, ya que en tal caso la norma habría previsto directamente la subordinación de créditos en caso de incumplimiento del contratante *in bonis*. Sin embargo, lo que la norma ha previsto en esta situación es que si el interés del concurso requiere el cumplimiento del contrato, el juez pueda enervar la resolución y exigir que se cumpla.

A nuestro modo de ver, desde esta perspectiva, la conducta obstaculizadora podría producirse ante un contrato de duración o de tracto sucesivo cuyo cumplimiento resulte relevante para el concurso, porque si se resolviera, el concursado intervenido o la administración concursal tendrían que celebrar otro contrato en condiciones más gravosas o porque el bien o servicio que se adquiere a través de dicho contrato resulta necesario para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor. En tales circunstancias, si la administración concursal calificó como concursales los créditos del contratante *in bonis* anteriores a la declaración de concurso, el acreedor *in bonis* podría verse tentado a no cumplir, a incumplir o a obstaculizar el cumplimiento del contrato vigente con el fin de provocar la resolución y conseguir el cumplimiento con cargo a la masa de las prestaciones anteriores⁷⁸¹.

⁷⁸¹ La norma que en un principio, al no precisar sobre qué créditos recaería la subordinación, podría entenderse como un argumento más a favor de la interpretación literal que atribuye la cualidad de créditos contra la masa a todos los créditos a cargo del concursado, tanto anteriores como posteriores a la declaración de concurso, a nuestro modo de ver, permitiría limitar los efectos de dicha interpretación que en determinados contratos de tracto sucesivo, especialmente necesarios para el ejercicio de la actividad, coloca en una posición «privilegiada» a los contratantes *in bonis* frente al concurso.

Un supuesto de hecho en el que la norma podría ser empleada lo constituye el resuelto por la STS 31.10.2011 —ADCo, 26, mayo-agosto, 2012, pg. 579— en relación con un contrato de crédito de descuento. En este tipo de contratos, las entidades financieras muchas veces dejan de atender la presentación de «papel» a descuento ante los «nuevos riesgos» que supone el concurso. El crédito de descuento es un contrato directamente vinculado al ejercicio de la actividad, dirigido a permitir su continuación. Cuando el plazo pactado en la póliza de descuento no había vencido y tampoco se había sobrepasado el límite máximo del crédito concedido, lo que hubiera determinado la resolución del contrato, que, no obstante, aún podría ser rehabilitado, declarado el concurso, el contrato, con arreglo al artículo 61.2, estará pendiente de cumplimiento por ambas partes y seguirá vigente en las condiciones estipuladas, de modo que el banco deberá seguir descontando los efectos presentados al descuento. La facultad que se le atribuye de discriminar el «papel» o los efectos y recibos presentados a descuento no puede entenderse como una discrecionalidad subjetiva y absoluta que permita al banco desligarse del contrato de manera indirecta, y rechazar la totalidad del «papel» que se le presente. Desde el punto de vista contractual, ello se contradice con la existencia de una suma máxima de descuento, que resultaría innecesaria si la entidad bancaria pudiera rechazar todo el «papel» a su voluntad y conveniencia. Además, no armoniza ni con la «necesitas» (art. 1256 CC) ni con la lealtad y buena fe contractual (art. 1258 Cc). Desde la perspectiva concursal, la situación del banco tras el concurso se ve amparada por los arts. 61, 62 y 84 LC. Los créditos a cargo del concursado por las disposiciones posconcursoales serán créditos contra la masa, al igual que las consecuencias derivadas de la resolución del contrato en interés del concurso. Mientras que en caso de resolución, cuando no existieran disposiciones posconcursoales, el posible saldo deudor tendría la calificación de crédito concursal. Por tanto, continuando el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, no se produce desamparo económico alguno para el banco, de tal manera que no puede admitirse el rechazo injustificado de «papel bueno» —efectos de escaso riesgo de impago— que

El precepto exige también que esa actuación obstaculizadora del cumplimiento del contrato por el contratante *in bonis* sea reiterada. Si el obstáculo se encuentra en la falta de cumplimiento o en el incumplimiento del contratante *in bonis*, no es suficiente con una falta de cumplimiento puntual o esporádica, sino que esta debe producirse de forma reiterada. El problema será entonces determinar el alcance de esa actuación obstaculizadora reiterada, cuánta reiteración será necesaria para que el juez estime la subordinación del crédito.

Se requerirá igualmente que la actuación del contratante no concursado genere el perjuicio del interés del concurso. La referencia al perjuicio del interés del concurso aparece por primera vez en la Ley Concursal con esta norma. Hasta ese momento la normativa había contemplado situaciones de perjuicio para la masa (arts. 36.1 y 71.1 LC) o de perjuicio para los acreedores (art. 164.2-4.º LC) e, incluso, de perjuicio para el deudor o los terceros (art. 36.6 LC); y se había referido al interés del concurso o al interés de la masa como criterios que han de regir la actuación de la administración concursal (arts. 43.1, 54.2, 84.2-3.º y 84.3 LC), del juez (art. 149.1-1.ª LC) o del deudor en determinadas circunstancias (arts. 42 y 165.2.º LC). Así, en el ámbito de los contratos pendientes, el interés del concurso se configura como el criterio de actuación legal que ha de dirigir la actuación del concursado intervenido o de la administración concursal y del juez a la hora de decidir sobre el contrato. Sin embargo, no parece que pueda encontrarse en la Ley otra situación de perjuicio del interés del concurso aparte de la prevista en el precepto enjuiciado.

Por otra parte, los tribunales han identificado el interés del concurso con la «maximización del valor del patrimonio concursal, como medio de alcanzar el fin primordial de la satisfacción de los acreedores»⁷⁸²; desde esta perspectiva, a nuestro modo de ver, el interés del concurso no se manifiesta solo como un criterio de conformación de la masa activa, sino también como un criterio de conformación de la masa pasiva, de manera que tanto si el perjuicio se ha producido directamente sobre la masa activa, mediante actos que han supuesto su disminución, como si se ha producido sobre la masa pasiva y ha alterado las preferencias de cobro establecidas en la norma y dificultado la satisfacción colectiva de los acreedores del concursado, parece que se habría perjudicado el interés del concurso.

Asimismo, parece necesario que concurra una relación de causalidad entre la conducta del contratante *in bonis* que obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento

en las circunstancias del acreditado concursado podría conducir a su «asfixia financiera». En consecuencia, si como pone de relieve la jurisprudencia, el contrato de crédito de descuento debe seguir cumpliéndose conforme a lo pactado, una actuación del banco dirigida a la denegación sistemática de los efectos que se presenten a descuento con el fin de desligarse de la relación podría considerarse dirigida a obstaculizar de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso, y justificaría la subordinación del crédito de la entidad financiera frente al concurso.

⁷⁸² V., entre otras, la SJM Alicante, 19.6.2006 y la SAP Las Palmas, 21.12.2007, en *Legislación y jurisprudencia concursales*, cit., pg. 124.

del contrato y el perjuicio del interés del concurso. La causa directa del perjuicio que se ha originado al concurso cuyo interés se dirige a la continuación del contrato debe ser la conducta reiterada del acreedor *in bonis* dirigida a obstaculizar su cumplimiento.

La norma exige también un informe de la administración concursal cuyo contenido no se especifica, si bien, puesto que debe servir para que el juez constate la existencia de una conducta reiterada del acreedor *in bonis* que obstaculice el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso, dicho informe deberá poner de manifiesto la actuación concreta reiterada obstaculizadora del cumplimiento del contrato y el perjuicio que la misma está ocasionando al concurso. La solicitud de subordinación del crédito deberá ir acompañada de un informe de la administración concursal dirigido a justificar los extremos requeridos por la normativa.

Por último, se precisa que el juez del concurso constate la concurrencia de los requisitos expuestos, sin que resulte con claridad el alcance de la actuación judicial. No sabemos si el juez debe cercionarse a través del informe de la administración concursal si se dan los requisitos legales; o bien, si con independencia de lo que constate en dicho informe, está obligado a apreciar por su parte, si se dan o no esos requisitos. El informe parece preceptivo, pero no creemos que pueda entenderse vinculante para el órgano judicial⁷⁸³, de modo que, no obstante el informe de la administración concursal favorable a la postergación del crédito, el juez puede constatar que no concurre una actuación obstaculizadora del acreedor *in bonis* o que, aunque concorra dicha actuación, carece de la suficiente reiteración, o que aunque concorra esa actuación obstaculizadora reiterada, no perjudica el interés del concurso.

En cualquier caso, este supuesto de subordinación se diferencia de los demás previstos en el artículo 92 de la Ley Concursal, donde es la Ley la que atribuye directamente al crédito la condición de subordinado, en consideración a las circunstancias concurrentes en el mismo⁷⁸⁴. Frente a ello, para subordinar los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas se recoge una técnica diferente, ya que se atribuye al juez la función de apreciar si concurren o no las circunstancias necesarias para la postergación. La decisión judicial se producirá en el seno de un incidente concursal (art. 192 LC), y la solicitud podrá proceder de cualquiera de las

⁷⁸³ En la sentencia indicada del JM 1 Málaga, 26.5.2011, se dice con respecto al informe que no existe obstáculo alguno para que sea emitido tras la solicitud de subordinación realizada por la concursada. En tal caso, el informe deberá producirse en el trámite de contestación a dicha solicitud. La Ley Concursal no exige que el informe se ponga en conocimiento del acreedor afectado, esto es, el informe no es un requisito previo a la interposición de la demanda o a su contestación. De igual forma, el informe tampoco es un requisito esencial ni resulta vinculante para el juez del concurso, sino que posee un mero valor «ilustrativo».

⁷⁸⁴ V., por todos, GARRIDO, J.M., «Art. 92. Créditos subordinados», en Rojo-Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 1659.

personas activamente legitimadas para impugnar el inventario y la lista de acreedores (art. 96 LC)⁷⁸⁵.

4.5.5. La declaración de concurso no es causa de resolución del contrato: el artículo 61.3 de la Ley Concursal

Con el principio de vigencia de los contratos, el legislador concursal ha optado por una disciplina especial que impide considerar la declaración de concurso como justa causa para la resolución de los contratos y hace prevalecer el interés del concurso sobre el particular de los contratantes. Si la administración concursal o el concursado pueden asumir el contrato con cargo a la masa o resolverlo en interés del concurso, la apertura del procedimiento no puede considerarse por sí misma una causa de resolución del contrato ni una causa que justifique la resolución del contrato por incumplimiento, de modo que el incumplimiento se producirá cuando las prestaciones a cargo del concursado no sean efectivamente cumplidas.

Si como dispone la Ley Concursal (art. 44), la declaración de concurso no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor y si en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso (art. 43 LC), los contratos se mantendrán en la medida en que debe continuar la actividad y dado que suponen un importante valor para la masa activa⁷⁸⁶. En este sentido, con la finalidad de garantizar la efectividad práctica del principio de vigencia de los contratos y el derecho del concursado intervenido o de la administración concursal de resolverlo en interés del concurso, el

⁷⁸⁵ Si la norma resulta aplicable a todos los supuestos de continuación de contratos con obligaciones recíprocas, podría llegar a plantearse la posibilidad de que se aplicara a los contratos de trabajo, que están sometidos a la regla de la vigencia del contrato tras la declaración de concurso, de modo que las prestaciones a cargo del concursado se realizarán con cargo a la masa, v. MARTÍNEZ FLOREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en Rojo-Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 1124. En el ámbito de las relaciones jurídicas laborales muchas veces acontece que ante la situación concursal del empresario, los trabajadores cercanos a la administración de la empresa y con conocimiento directo de la situación económica suelen desarrollar determinadas conductas contrarias al mantenimiento del contrato, cuando la empresa ha apostado por la continuación. Así, se alega la falta de pago o se fuerza el impago aun cuando, muchas veces, existe un acuerdo con el empresario concursado o la propia administración concursal extraestatutario para congelar salarios o fraccionar parte de las nóminas mensuales. Con esta finalidad se desarrollan comportamientos difíciles de probar por la concursada pero de gran trascendencia, disminución reiterada y continuada del rendimiento —el trabajador se manifiesta «quemado» ante la situación de incertidumbre—, impuntualidades, salidas injustificadas, etc. En tales circunstancias, ¿estaría el trabajador obstaculizando el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso? Si la situación acaba en despido, la competencia para conocer de la resolución individual de los contratos corresponde al juez laboral y su decisión será vinculante para el juez mercantil (art. 53 LC). Ahora bien, ¿la administración concursal podría poner de manifiesto al juez del concurso los extremos del art. 92.7 y solicitar de este la subordinación del crédito por la indemnización que, en su caso, hubiera fijado el juez de lo social?.

⁷⁸⁶ V., el comentario al artículo 61 de GARCÍA VICENTE, J. R., en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pgs. 674 y 675.

legislador ha establecido que deben tenerse por no puestas aquellas cláusulas contractuales «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». De manera que, ya esté el contrato pendiente de cumplimiento por un solo contratante o por ambos⁷⁸⁷, se establece la ineficacia de las cláusulas contractuales que dispongan la resolución del contrato por la declaración de concurso de cualquiera de las partes. Con un alcance semejante pueden encontrarse disposiciones tanto en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, cuanto en la Propuesta de Anteproyecto de 1995⁷⁸⁸ y en el ámbito del Derecho comparado⁷⁸⁹.

Esta norma se dirige a acabar con una práctica habitual en la contratación mercantil que permitía resolver unilateralmente el contrato en caso de suspensión de pagos o quiebra de los contratantes. Se trataría de evitar que el contratante *in bonis* impida la continuación de un contrato que podría ser necesario o ventajoso para la masa e incluso imprescindible para la continuación de la actividad, y recuperar, a su vez, la

⁷⁸⁷ V., en contra, MADRAZO LEAL, J., «Eficacia del contrato», en Bercovitz (dir.): *Tratado de Contratos*, t. I Valencia, 2009, pgs. 1065 y ss, en concreto, pg. 1084.

A nuestro juicio, la ubicación de la norma en un nuevo apartado del art. 61, y el hecho de que el precepto se refiera a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, principio que el legislador atribuye tanto a los contratos pendientes de cumplimiento por una parte, como a los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, permite entender que la regla de ineficacia de las cláusulas que conecten la resolución del contrato a la declaración de concurso de cualquiera de las partes debe aplicarse tanto a los supuestos del art. 61.1, como a los del art. 61.2. V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1155; y VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en Cordón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pg. 483.

⁷⁸⁸ El artículo 174 del Anteproyecto de 1983, tras reconocer el derecho de opción del concursado o del síndico entre la resolución o la ejecución del contrato, preveía la nulidad de todo pacto en contra de dicha facultad. Por su parte, la Propuesta de Anteproyecto de 1995, en su artículo 72.6 contemplaba la nulidad de «las estipulaciones contractuales que, en caso de concurso de acreedores, atribuyan la facultad de resolución a la otra parte del contrato, las que lo declaren anticipadamente resuelto por la insolvencia del deudor o por la declaración de concurso y, en general, cuantas se opongan a lo establecido en» el citado precepto para los contratos pendientes de ejecución.

⁷⁸⁹ En el Derecho francés, el art. L622.13-I del Código de Comercio reputa no escritas las cláusulas contractuales que tengan por efecto la extinción del contrato por el solo hecho de la apertura del procedimiento (o por la cesación de pagos del contratante), y la doctrina ha considerado que nos encontramos ante una norma de orden público esencial para que el órgano del procedimiento pueda ejercer la facultad legalmente conferida de proseguir con los contratos. No obstante, esta regla de ineficacia conoce importantes excepciones en relación con las operaciones sobre instrumentos financieros derivados o en relación con las cláusulas resolutorias expresas válidas con arreglo a lo dispuesto en el art. L211.36-1 y L211-40 del Código Monetario y Financiero. V. SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit des entreprises en difficulté*, cit., pg. 349.

En el Derecho italiano, el art. 72-6 de la *legge fallimentare* establece la ineficacia de las cláusulas que hacen depender la resolución o extinción del contrato de la quiebra de cualquiera de las partes. Asimismo se reconoce que la disposición se dirige a dar efectividad a la regla general de la suspensión del contrato y a la facultad de elección de la sindicatura entre su continuación o su extinción. V. VATTERMOLI, D., «Rapporti pendenti», en Nigro, Sandulli y Santoro (dirs.): *La legge fallimentare dopo la riforma*, t. I, Turín, 2010, pg. 1001.

En idéntico sentido, en el Derecho alemán, el art. 119 de la *Insolvenzordnung* reconoce la ineficacia de los acuerdos dirigidos a excluir o limitar la aplicación de los arts. 103 a 118, que comprenden la regulación general en materia de contratos bilaterales pendientes.

prestación que ya hubiera ejecutado, con la correspondiente disminución de la masa activa en perjuicio del resto de acreedores. La jurisprudencia se ha ocupado de estas cláusulas, frecuentes en el ámbito de la contratación bancaria⁷⁹⁰, y ha mantenido una interpretación amplia del precepto al contemplar la nulidad parcial de aquellos contratos que prevean no solo el concurso o la situación de insolvencia de cualquiera de las partes como causa de extinción, sino también el acaecimiento de cualquier situación jurídica que limite la plena capacidad de disponer o administrar los bienes o establezca la realización de actos que pongan en peligro o disminuyan notablemente la solvencia de los contratantes o, incluso, prevean el vencimiento anticipado de los créditos⁷⁹¹. De modo que, en principio cualquier estipulación prevista en el contrato que pretenda su resolución a partir de un presupuesto directamente relacionado con la declaración de concurso sería nula con arreglo a los principios que informan la Ley Concursal, y desde una perspectiva mas amplia conforme al fraude de ley (art. 6.4 CC)⁷⁹² y al abuso de derecho (art. 7.2 CC)⁷⁹³.

⁷⁹⁰ Los jueces y tribunales de lo mercantil reconocen que si bien la situación concursal acarrea siempre una pérdida de confianza en el concursado, ello no significa que la relación deba quedar sujeta a la voluntad exclusiva de la entidad financiera, la cual podría resolver los contratos de financiación y determinar la suerte del propio procedimiento, dada la trascendencia de tales contratos para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado. En este sentido, se ha afirmado que este precepto tiene la finalidad de evitar la validez de una cláusula abusiva, una cláusula que permite a la contraparte retirarse del contrato en cuanto las cosas «se ponen feas», en vez de obligarle a mantener el apoyo que hasta ahora había mostrado al deudor, v. VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en Cordón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pg. 483.

⁷⁹¹ V. AJM 1 Oviedo, 8.2.2006, *Legislación y jurisprudencia concursales*, cit., pg. 126. No obstante en un contrato de préstamo o crédito, el prestamista tendrá interés en insertar una cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento, ya que si el vencimiento anticipado se produce en los tres meses precedentes a la declaración de concurso, la administración concursal podrá rehabilitarlo (art. 68 LC).

⁷⁹² la STS de 31 de octubre de 2011, (R. 1466/08) —v. *ADCo*, 26, mayo-agosto 2012, pg. 547—en relación con un contrato de crédito de descuento expone que «lo que la parte recurrente pretende es desligarse del contrato marco de descuento mediante el mecanismo indirecto de la discrecionalidad subjetiva y absoluta, rechazando la totalidad del “papel” que se le presente para descuento. Es decir, considera la facultad de discriminación (selección) del papel como una opción de rehusar todos los efectos y recibos a su libre arbitrio. [...]. Además, la pretensión se contradice con la existencia de una suma máxima de descuento, que resultaría innecesaria de haberse podido rechazar por la entidad bancaria todo el «papel» a su propia voluntad y conveniencia; y desde otros puntos de vista no armoniza ni con la «necesitas» (art. 1256 CC), ni con la lealtad y buena fe contractual (art. 1258 CC), tanto más si se advierte que no se produce desamparo económico alguno para el banco, y que se trata de un supuesto en que la concursada «ha optado abiertamente por la continuidad de su actividad empresarial y ha presentado un plan de viabilidad», lo que repele un rechazo injustificado de “papel bueno” —efectos de escaso riesgo de impago— que en las circunstancias de un acreditado concursado podría determinar su “asfixia financiera” [...]. De mantenerse la tesis de la parte recurrente no solo se “vaciaría de contenido” el contrato, [...], sino que además supondría la posibilidad de crear fraude de ley (art. 61.3 LC)». Esta sentencia resuelve el recurso planteado contra la SAP Barcelona (15.^a), 18.2.2008, recogida en BELTRÁN, E., y SÁNCHEZ PAREDES, M. L., *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Civitas, Pamplona, 2009, pgs. 567 a 569.

⁷⁹³ Así, la SAP Barcelona (15.^a) de 15.9.2010 entiende que en el caso de una póliza de crédito bajo la modalidad de anticipo sobre efectos comunicados en soporte magnético, la cláusula de que el banco se reserva la facultad de analizar libremente, y a su criterio, los créditos, pudiendo admitirlos o rechazarlos, no puede justificar el rechazo sistemático de los efectos presentados a descuento simplemente porque la concursada no aporta nuevas garantías, pues, en realidad, es la situación de insolvencia de la concursada

Ahora bien, el ámbito de aplicación de la ineficacia prevista en el artículo 61.3 de la Ley Concursal no es tan amplio como a primera vista pudiera parecer. La propia Ley regula en su artículo 63 los que denomina «supuestos especiales», que reconocen eficacia dentro del concurso a las normas que prevean el ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda conforme a la Ley (v. gr., arts. 26.1-b LCA, art. 1732.1.º CC, art. 279 CCom) y mantienen la vigencia de las normas que disponen (v. gr., 1732.3º CC) o expresamente permiten pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes, y deja a salvo el «régimen especial aplicable a las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras», a las que se aplicarán las especialidades contenidas en su legislación específica (disp. ad. 2.ª LC)⁷⁹⁴.

a. La delimitación del precepto

Según se ha puesto de manifiesto, la norma permite distinguir dos tipos de cláusulas: las que atribuyen al contratante *in bonis* la facultad de resolver el contrato por la sola causa de la declaración de concurso de la contraparte y las que vinculan la extinción automática del contrato a la declaración de concurso de la contraparte⁷⁹⁵. En

la que lleva al banco a no descontar los efectos. Esto es precisamente lo que ha tratado de impedir la Ley Concursal (art. 61) al declarar que el concurso no conlleva la extinción de los contratos y sancionar con la nulidad las cláusulas que facultan para resolver el contrato por la declaración de concurso de una de las partes. Escudarse en la discrecionalidad pactada en relación con la bondad de los efectos a descontar para dejar sin efecto esta última previsión legal supone un abuso de derecho, v. *ADCo*, 23, 2011-2, pg. 375.

⁷⁹⁴ Esto significa que en contratos como el mandato o la agencia sería válida una cláusula contractual que dispusiera la resolución del contrato en caso de concurso de cualquiera de las partes o que atribuyera a una parte la facultad de resolverlo cuando la otra fuera declarada en concurso, ya que el mismo resultado —la extinción del contrato— se obtiene en ausencia de dicha cláusula por aplicación de la disposición legal. V. MARTÍNEZ FLOREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 1160.

Asimismo, en los seguros contra daños, si bien el contrato continúa vigente tras la declaración de concurso del tomador o del asegurado, tanto el asegurador *in bonis* como el concursado o la administración concursal podrán rescindir el contrato en caso de apertura de la fase de liquidación (arts. 34 a 37 LCS) y en los seguros marítimos, aunque durante la fase común y la fase de convenio el contrato estaría sujeto a las reglas generales, en caso de apertura de la fase de liquidación, el contratante *in bonis* —asegurador o asegurado— tendrá derecho a exigir fianza, y si la administración concursal se niega a prestarla el contrato se rescindirá (art. 787 CCom en relación con la disp. ad. 1.ª-2.ª LC).

Dentro de la normativa especial aplicable a las entidades financieras, habría que admitir la validez de la cláusula que estableciera la resolución de un acuerdo de compensación contractual o de las operaciones financieras realizadas en el marco de dicho acuerdo por la apertura del procedimiento concursal o de liquidación administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas Urgentes para el Impulso de la Productividad y la Mejora de la Contratación Pública.

⁷⁹⁵ V. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1156.

No obstante, no ha faltado quien entiende que en la literalidad del precepto no está incluida la resolución automática por el mero hecho de la declaración de concurso del deudor, sino únicamente la cláusula que faculta, en tal caso, a la contraparte del deudor para resolver el contrato. Si bien considera que ambas cláusulas deben quedar incluidas, pues prohibido lo menos —facultad de resolver—, no tiene sentido admitir la validez de lo mayor —resolución automática—, v. VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Art.

ambos casos el hecho determinante de la extinción de la relación contractual es la declaración judicial de concurso. En consecuencia, desde un punto de vista positivo, el precepto abarcaría aquellas cláusulas contractuales que consideran la declaración judicial de concurso como justa causa para la resolución; desde un punto de vista negativo, el precepto no incluiría las cláusulas que vinculan la extinción o la resolución del contrato al incumplimiento de cualquiera de las partes.

b. El alcance de la delimitación positiva del precepto: la denuncia unilateral por justa causa

Como ya hemos visto, la delimitación positiva del precepto pone en relación su ámbito de aplicación con el del artículo 63 de la Ley Concursal, y cabría cuestionarse si, mas allá de los supuestos legales que prevén la posibilidad de denuncia unilateral del contrato, sería posible reconocer el ejercicio de la facultad de denuncia unilateral prevista en el propio negocio y no en la Ley. Tengamos en cuenta que en muchos contratos atípicos de tracto sucesivo o de duración son habituales las cláusulas que prevén la facultad de denuncia unilateral del contrato por cualquiera de las partes. Ahora bien, resulta conveniente distinguir dos tipos de cláusulas: las que reconocen la facultad de denuncia unilateral *ad nutum* en contratos de duración indefinida sin necesidad de que concurra justa causa y las que prevén la posibilidad de denuncia unilateral por concurrencia de justa causa.

En el primer supuesto, la eficacia de esa facultad se ha reconocido con carácter general aun en el caso de que la Ley o el negocio no la dispongan expresamente y siempre que se trate de una relación obligatoria duradera o de tracto sucesivo que no tenga previsto un plazo de duración temporal y venga fundada en la confianza⁷⁹⁶. En tales circunstancias, la validez de este derecho potestativo en el concurso parece fuera de toda duda en base al principio de vigencia del contrato, que conlleva la plena eficacia del negocio en todos sus extremos en cuanto no resulten incompatibles con la situación concursal⁷⁹⁷. Sin embargo, el supuesto relevante es el de la posibilidad de desistimiento por justa causa, ya que no tiene mucho sentido declarar ineficaces las cláusulas

61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas» en Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., pg. 483.

⁷⁹⁶ V., DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, II, cit., pgs. 1086 a 1089.

⁷⁹⁷ V., sobre la posibilidad de ejercicio de la denuncia unilateral *ad nutum* en el contrato de suministro en caso de concurso de la parte suministrada, JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», cit., pgs. 115 y ss, en especial, pgs. 149 a 151. Ahora bien, será preciso que el ejercicio de esta facultad se realice mediante una declaración de voluntad recepticia dirigida a la contraparte en el negocio. Sin que pueda reconocerse eficacia a una denuncia unilateral del contrato ejercida en abuso de derecho o con mala fe. Así, la exigencia de que la denuncia unilateral se haga de buena fe requiere la concurrencia de un plazo de preaviso razonable, dirigido a evitar que la otra parte se vea sorprendida con la resolución del vínculo y no pueda adoptar las medidas necesarias para evitar o aminorar los perjuicios derivados de la extinción del negocio. V., sobre el funcionamiento de este derecho en el contrato de apertura de crédito, JUAN Y MATEU, F., *La extinción de los contratos bancarios de apertura de crédito*, Granada, 2001, pgs. 91 y ss.

contractuales que prevén la resolución o extinción del contrato por la declaración de concurso de cualquiera de las partes y, sin embargo, reconocer la eficacia de aquellas cláusulas contractuales que consideran la declaración de concurso como justa causa para la denuncia unilateral del contrato. De manera que no puede identificarse la justa causa para resolver el contrato con la declaración de concurso de cualquiera de las partes, del mismo modo que no puede identificarse el incumplimiento resolutorio con la apertura del procedimiento concursal. No obstante, ello no puede conducirnos a rechazar la eficacia dentro del concurso de la denuncia unilateral por justa causa. Del mismo modo que una vez declarado el concurso cualquiera de los contratantes, obligado por el principio de vigencia del contrato a cumplir las obligaciones a su cargo, podría incumplir y solicitar la resolución por incumplimiento en los términos del artículo 62 de la Ley Concursal, puede ocurrir que la apertura del procedimiento origine una situación que impida mantener el vínculo contractual, por imposibilidad sobrevenida de la prestación o frustración del fin del negocio, que justificaría la denuncia unilateral del contrato.

Estas cláusulas, como las de denuncia unilateral *ad nutum*, encuentran su fundamento en la situación de ejecución prolongada propia de los contratos de tracto sucesivo. El establecimiento de una relación obligatoria duradera entre las partes deja a los contratantes expuestos a un mayor número de contingencias que pueden afectar a la contratación, y alterar los elementos tenidos en cuenta por los sujetos al momento de la perfección del contrato. Uno de esos elementos es la necesidad de que concurra una elevada confianza entre las partes para que la vinculación duradera subsista. En este sentido, aunque la declaración de concurso pueda suponer una pérdida de confianza en la contraparte concursada, es preciso que ese elemento de confianza que atribuye una especial relevancia a las condiciones personales o patrimoniales de los contratantes se encuentre presente en la configuración de la causa del contrato y, en definitiva, en el programa de prestación previsto por las partes. En tal caso, parece necesario que su ausencia desemboque en una situación de imposibilidad sobrevenida de la prestación o una frustración del fin del negocio, de modo que no pueda exigirse a la parte *in bonis* que continúe vinculada (art. 1161 CC). Frente a ello, entender que el concurso origina la pérdida de la confianza necesaria para mantener la contratación y constituye justa causa para la denuncia del contrato por la parte no concursada haría depender la suerte del negocio del arbitrio del contratante *in bonis*, en contra de los principios que rigen los efectos del concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas, que impiden atribuir al contratante *in bonis* la posibilidad de optar entre la continuación o la resolución del contrato. En consecuencia, habrá que examinar en cada caso la naturaleza del negocio y sus circunstancias en relación con los efectos que la apertura del procedimiento concursal genera sobre el deudor y su patrimonio⁷⁹⁸. El hecho de que el

⁷⁹⁸ En el Derecho francés la presencia de ese elemento personal y de confianza justificó durante mucho tiempo la concepción tradicional y mayoritaria que afirmaba la resolución automática de determinados contratos a consecuencia de la apertura del procedimiento concursal. Así, para la cuenta corriente, v., JOURNEL, P., *Les effets de la faillite ou de la saisie-arrêt sur le compte courant*, París, 1928, pgs. 15 y 16. Frente a ello, se abre paso la opinión de que los contratos concluidos *intuitu personae* no podían

concurso no pueda configurarse como una causa de resolución del contrato ni pueda identificarse con un incumplimiento resolutorio ni con una justa causa de denuncia unilateral, de modo que el contrato continúa vigente tras la apertura del procedimiento, no impide que cualquiera de las partes incumpla las obligaciones comprometidas o que las nuevas circunstancias que conlleva la apertura del procedimiento concursal constituyan un obstáculo para su continuación conforme a lo pactado con el concursado intervenido o con la administración concursal en caso de suspensión.

Por otra parte, la constatación de que en determinadas circunstancias el concurso pueda acarrear una justa causa para la denuncia unilateral del contrato, del mismo modo que puede originar un incumplimiento resolutorio, permite entender que las normas contenidas en el artículo 63 de la Ley Concursal tienen distinto alcance. Así, las reglas especiales se reducirían al apartado segundo del precepto, en cuanto la aplicación de estas normas prevé una solución distinta de la establecida por la Ley Concursal para los contratos e incompatible con las reglas generales, ya que, frente a la vigencia del contrato y la atribución al concursado o a la administración concursal de la facultad de resolverlo en interés del concurso, disponen la extinción automática del contrato o atribuyen a las partes la posibilidad de resolverlo en caso de concurso o de liquidación administrativa de cualquiera de los contratantes. En cambio, el apartado primero del precepto citado, relativo al reconocimiento de la posibilidad de que el contrato concluya por denuncia unilateral, sería acorde con la regla general⁷⁹⁹. Una vez que el legislador ha previsto expresamente que la declaración judicial de concurso no puede constituir justa causa que faculte a cualquiera de las partes para resolver el contrato (art. 61.3), el reconocimiento de la facultad de denuncia unilateral responde a los mismos criterios que atribuyen vigencia a la facultad de resolución del contrato por incumplimiento. Tras la apertura del procedimiento, el contrato debe seguir cumpliéndose conforme al esquema legal típico que le es aplicable, de modo que si concurre alguna causa que justifique su resolución, desde el incumplimiento resolutorio a la imposibilidad sobrevenida de la prestación o la frustración del fin del negocio, el vínculo no podrá mantenerse.

sustraerse a la posibilidad de su continuación tras el concurso, v. MONSERIE, M. H., *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, cit., pgs.168 y ss. Y, la Corte de Casación, partiendo de la aplicación de las normas generales relativas a los efectos de los procedimientos concursales sobre los contratos en curso —art. L622-13 *Code de Commerce*—mantiene que todos los contratos son susceptibles de continuación no obstante su naturaleza personal. Ahora bien, la entidad bancaria podría acudir al art. 60.2 de la Ley Bancaria (art. L.313-12 del Código Monetario y Financiero) y solicitar la resolución del contrato si la situación del deudor se ve irremediamente comprometida, aunque deberá aportar la prueba de tal situación, lo que exige que la empresa se encuentre en un estado próximo a la *liquidation judiciaire*. V. SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit des entreprises en difficulté*, cit., pgs. 338 a 342.

⁷⁹⁹ V. MARTÍNEZ FLOREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pg. 1175 y ss.

c. Los problemas procesales del ejercicio de la denuncia unilateral por justa causa

Desde el punto de vista procesal, las normas que regulan los efectos del concurso sobre los contratos son especiales respecto de las normas especiales que atribuyen al juez del concurso competencia para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (art. 8.1.º LC). De acuerdo con la jurisdicción exclusiva y excluyente atribuida al juez del concurso, cuando la acción civil se dirija contra el patrimonio del concursado la competencia será del juez del concurso, de manera que cuando la acción civil se ejerza por la administración concursal o por el concursado y se dirija contra el contratante *in bonis*, se aplicará la competencia genérica (civil o mercantil) de los jueces de primera instancia. Dado que las normas especiales merecen una interpretación restrictiva y no extensiva, la competencia especial atribuida al juez del concurso habrá de ceñirse a los supuestos expresamente previstos.

En las normas sobre contratos encontramos especialidades dentro de la competencia especial atribuida al juez del concurso. El artículo 62 en su apartado segundo atribuye competencia para conocer de la acción de resolución por incumplimiento ejercida por el contratante cumplidor (concurado o parte *in bonis*) al juez del concurso por el trámite del incidente concursal. Por tanto, cuando la acción se ejerza por el concursado o la administración concursal no sería competente el juez de primera instancia sino el juez del concurso, aunque no se trate de una acción dirigida contra el concursado. Ahora bien, si la causa de pedir no se funda en el incumplimiento sino que se esgrime otra «justa causa» para instar la resolución del contrato, no estaríamos ante la especialidad del artículo 62, de modo que habría que aplicar las reglas especiales de competencia previstas en el artículo 8 de la Ley Concursal. Solo cuando la acción se ejerza por el contratante *in bonis* contra el concursado sería competente el juez del concurso, mientras que si la acción dirigida a resolver el contrato por una justa causa distinta del incumplimiento se ejerce por el concursado o la administración concursal contra la parte *in bonis*, el juez de primera instancia recuperaría su competencia general.

Desde una perspectiva material, la resolución del contrato constituye una forma de ineficacia sobrevenida que puede deberse a distintas causas. El contrato plenamente válido y eficaz puede ser conducido a la extinción por diferentes circunstancias, las cuales constituyen justas causas para que el contrato deje de producir efectos. Además, si bien el incumplimiento constituye una justa causa para la resolución del contrato, por un lado, quien alega una justa causa no incumple, y por otro, la concurrencia de esa justa causa puede impedir el cumplimiento de la obligación, de modo que si no puede haber cumplimiento tampoco puede concurrir incumplimiento. A mayor abundamiento, la concurrencia de justa causa no impide que el acreedor que la padece se vea privado

de otros posibles remedios como puede ser la facultad resolutoria en las obligaciones sinalagmáticas⁸⁰⁰.

En consecuencia, procesalmente, la acción resolutoria podría fundarse en diferentes causas de pedir, constituidas por los elementos fácticos y normativos a los que se atribuye la eficacia extintiva de la relación. Si se funda en el incumplimiento habrá que tener en cuenta las reglas de competencia judicial y procedimiento previstas en la Ley Concursal (art. 62.2); si se funda en otra justa causa, la competencia del juez del concurso solo existirá cuando quien sustente la acción sea el contratante *in bonis*, ya que si la acción se ejerce por el concursado o la administración concursal el juez de primera instancia recuperaría su competencia.

Ahora bien, parece que la posibilidad de que concurran la denuncia del contrato por justa causa y la resolución por incumplimiento podría verse limitada por la norma que impone la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos (art. 400 LEC), ya que cuando el demandante puede fundar el *petitum* que formula en diversas causas de pedir, tiene la carga de hacerlo, y si no cumple dicha carga la consecuencia jurídica es la preclusión⁸⁰¹, es decir, la causa de pedir no alegada será tenida en cuenta a efectos de litispendencia y de cosa juzgada.

Cuando las acciones concurren a un mismo fin se verán afectadas por la norma de preclusión, ya que la pretensión de una determinada tutela jurídica (la resolución del contrato) se verá sometida a los efectos preclusivos tanto si para fundamentarla se alegaron determinados hechos y fundamentos de derecho constitutivos de un incumplimiento, como si se alegaron determinados hechos o fundamentos jurídicos constitutivos de una imposibilidad sobrevenida. Ello obliga a aducir en la demanda todos los distintos hechos y fundamentos que puedan fundar la petición de tutela. No solo aquellos en los que el demandante basa su pretensión, es decir, todo el conjunto de hechos jurídicamente relevantes que el actor deberá alegar y acreditar para que su petición de tutela sea concedida, sino también los posibles hechos y fundamentos de derecho delimitadores de la acción ejercitada y que identifican y singularizan la causa de pedir, distinguiendo esa acción de otra distinta (aunque conexas)⁸⁰². Ello obligaría a que el demandante alegara todas aquellas circunstancias que pudieran fundar la resolución del contrato, desde la imposibilidad sobrevenida de la prestación o la frustración del fin del negocio hasta el incumplimiento, si no quiere correr el riesgo de que posteriormente esas otras justas causas no puedan ser objeto de un proceso

⁸⁰⁰ Así se deduce para los supuestos de imposibilidad sobrevenida por DÍEZ-PICAZO —v. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pg. 691—.

⁸⁰¹ V. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Art. 400», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pgs. 669 y ss.

⁸⁰² TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Art. 400», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Aranzadi, 2011, pgs. 1661 y ss.

posterior. La cuestión que se suscita entonces es si concurrirían los efectos de litispendencia y de cosa juzgada cuando no se alegó el incumplimiento porque aún no se había producido, v.gr., porque la obligación aún no había vencido. Si se entiende que aquellos efectos no concurrirían sería posible que se produzca la pendencia de ambas acciones.

Habitualmente será el contratante *in bonis* el que procederá a denunciar el contrato por previsible insuficiencia de masa activa, o porque el concurso ponga en peligro la realización de la prestación a cargo del concursado u origine una pérdida de confianza acerca de la viabilidad del contrato y de su aptitud para satisfacer el interés de los contratantes, o porque el contrato concluido en consideración a la persona del concursado no pueda ser realizado por este a consecuencia del concurso⁸⁰³. Al tratarse de acciones civiles con trascendencia patrimonial dirigidas contra el concursado, la competencia del juez del concurso está fuera de toda duda (art. 8.1º LC). Además, si producido el incumplimiento del concursado o de la administración concursal se ejerciera la resolución por incumplimiento dicha acción podría acumularse a la anterior porque se cumplirían los requisitos procesales para ello (art. 73 LC).

Aunque la administración concursal y el concursado intervenido tienen la facultad de resolver el contrato en interés del concurso cuando no cuenten con una expectativa razonable de cumplimiento por la parte *in bonis*, no puede descartarse la posibilidad de que la denuncia unilateral pueda ser ejercida por el concursado o la administración concursal ante circunstancias que pongan en peligro la realización de la prestación por la parte *in bonis*⁸⁰⁴. En tal caso, al no tratarse de una acción por incumplimiento, ni venir dirigida contra el concursado, la competencia correspondería al juez de primera instancia. Asimismo, es igualmente posible que ejercida la denuncia unilateral por justa causa ante el juez de primera instancia (antes o después de la apertura del procedimiento), la administración concursal o el concursado puedan plantear una acción por incumplimiento de la parte *in bonis* ante el juez del concurso. Dadas estas circunstancias, parece que no sería factible la acumulación de ambas acciones, ya que no concurrirían los requisitos procesales para ello (art. 73 LEC), pues tanto el cauce procesal como la competencia judicial serían distintos⁸⁰⁵. Se correría entonces el riesgo de pronunciamientos contradictorios, es decir, que el juez de primera

⁸⁰³ V. MARTÍNEZ FLOREZ, A., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, cit., pgs. 1178 y 1179.

⁸⁰⁴ Esta posibilidad se deduce de la SAP Madrid (28.ª), 2.7.2010, en el *ADCo*, 22, 2011-1, pg. 629, donde se reconoce que la concursada, sometida al régimen de suspensión, carece de legitimación para instar la resolución de los contratos tanto en interés del concurso, como por imposibilidad sobrevenida (art. 54 LC).

⁸⁰⁵ Si bien se ha mantenido que teniendo en cuenta la conexión entre los objetos procesales y el criterio de flexibilidad que en materia de acumulación de acciones viene manteniendo la Sala Primera del Tribunal Supremo, sería posible la acumulación, aunque falte el requisito de la competencia objetiva, v. TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Art. 73», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, cit., pg. 621.

instancia contemple la extinción del contrato por imposibilidad sobrevenida y que el juez del concurso considere que no hay incumplimiento o que aunque concurra incumplimiento debe acordarse el cumplimiento del contrato en interés del concurso.

d. El alcance de la delimitación negativa del precepto: las cláusulas resolutorias expresas

En cuanto a su delimitación negativa, el precepto no abarca las cláusulas que vinculan la extinción o la resolución del contrato al incumplimiento de cualquiera de las partes. Ahora bien, no parece que pueda aceptarse con carácter general la eficacia de estas cláusulas⁸⁰⁶, ya que con ellas se busca claramente un resultado de preferencia crediticia⁸⁰⁷. Si el efecto de la resolución es la restitución recíproca de las prestaciones, el contratante *in bonis* podría recuperar la totalidad de su crédito escapando a las consecuencias del concurso con lo que disminuiría la masa activa en perjuicio de los demás acreedores⁸⁰⁸. No obstante, se ha defendido la validez de las cláusulas resolutorias destinadas a garantizar el cumplimiento del contrato en atención al expreso reconocimiento de la facultad de resolución del contrato por incumplimiento en la Ley Concursal (art. 62.1). Sin embargo, la Ley Concursal no reconoce con carácter general la eficacia dentro del concurso de la facultad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas, sino la facultad de resolución de «determinados» contratos con obligaciones recíprocas, los que se encuentren pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte al momento de la declaración de concurso⁸⁰⁹, y cuando la resolución se ejerza por incumplimientos posteriores a la declaración de concurso —salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo, en los que la facultad de resolución también podrá ejercitarse cuando el incumplimiento hubiera sido anterior—, siempre que se haga valer ante el juez del concurso y por los trámites del incidente concursal (art. 62.2), de manera que, aunque concurra causa de resolución, el juez del concurso, pueda acordar el cumplimiento del contrato atendiendo al interés del concurso

⁸⁰⁶ V., en contra, SALELLES, J. R., «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: [consideraciones sobre el régimen establecido por el artículo 61 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio)]», en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a M. Olivencia*, t. III, Madrid, 2005, pg. 3188.

⁸⁰⁷ V. GARRIDO, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, cit., pg. 492.

⁸⁰⁸ V., en el Derecho anterior, FÍNEZ, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, cit., pgs. 99 y 304.

⁸⁰⁹ V., en este sentido, la SAP Vizcaya (4.^a), 14.4.2011, en el *ADCo*, 26, mayo-agosto 2012, pg. 601, en relación con un contrato de ejecución de obra con suministro de material, entiende que cuando la parte incumplidora se encuentra en concurso de acreedores no puede admitirse la posibilidad de resolución unilateral extrajudicial, pues solo cabe la resolución judicial del contrato (art. 62) o bien una posterior homologación judicial. Además, conforme a la normativa, la facultad resolutoria solo se reconoce a los contratantes cuando el contrato con obligaciones recíprocas está pendiente de cumplimiento por ambas partes (62.1 y 61.2 LC), sin que sea posible la resolución cuando el contrato solo está pendiente de cumplimiento por una parte (art. 61.1 LC).

(art. 62.3)⁸¹⁰. Desde el punto de vista de esas normas generales, la declaración judicial de concurso no despliega especiales efectos sobre el curso de ejecución del contrato pendiente, aunque una vez abierto el procedimiento, será posible resolver un contrato cumplido regularmente si la resolución conviene al interés del concurso (art. 61.2 LC), o mantener un contrato aunque concurra causa de resolución por incumplimiento en aras de ese mismo interés concursal (art. 62.3).

Además, la eficacia restitutoria de la resolución choca abiertamente con el principio de universalidad que rige la determinación de la masa activa y comprende los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso (art. 76.1 LC), así como con la prohibición de que una vez declarado el concurso puedan iniciarse ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor (art. 55.1 LC), y sin que tenga mucho sentido mitigar el alcance de la resolución y reconocerle solo una eficacia obligacional, que convertiría la restitución a favor del acreedor *in bonis* en un crédito concursal por el valor de la prestación realizada que habría de someterse al concurso, ya que en tal situación, la función de garantía de la cláusula resolutoria expresa quedaría vacía de contenido, pudiendo incluso darse el caso de que el crédito por la prestación realizada correspondiente al acreedor *in bonis* que se valió de la cláusula fuera inferior al crédito por la contraprestación a cargo del concursado acordada en el contrato que le correspondería de no haber hecho uso de la misma.

Bien es cierto que la Ley Concursal reconoce eficacia dentro del concurso a las cláusulas resolutorias asociadas a la compraventa de inmuebles, mediante la atribución de un privilegio especial a los acreedores cuyos créditos estén garantizados con condición resolutoria en caso de falta de pago (art. 90.1-4.º LC), y correlativamente prevé la paralización de las acciones resolutorias de venta de inmuebles por falta de pago del precio aplazado (art. 56 LC). Ahora bien, por una parte, la eficacia del privilegio especial está condicionada a que dicha garantía se hubiera constituido con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros (art. 90.2 LC) y, por otra, las normas sobre privilegios, en cuanto normas excepcionales frente al principio de igualdad de los acreedores habrán de ser objeto de interpretación estricta⁸¹¹. En consecuencia, parece que la eficacia de las cláusulas

⁸¹⁰ Los jueces y tribunales de lo mercantil han considerado mayoritariamente que en el contexto del concurso no es aplicable la resolución unilateral extrajudicial instada por el acreedor *in bonis*, ya que la Ley Concursal establece un régimen específico para la extinción de las obligaciones en el marco del concurso, el cual exige la intervención de los administradores concursales en función de la situación patrimonial del concursado (art. 40 LC) y la autorización del juez, v. SJM 3 Barcelona 21.7.2008, en BELTRÁN, E., y SÁNCHEZ PAREDES, M. L., *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, cit., pgs. 601 y 602. Ese régimen legal es concorde con las normas que establecen la necesidad de autorización judicial para disponer de los bienes que integran la masa activa, en la medida en que los contratos constituyen elementos del activo patrimonial con respecto a los cuales la administración concursal habrá de actuar del modo más conveniente para los intereses del concurso (art. 43.1 y 2 LC).

⁸¹¹ V., por todos, GARRIDO, J. M., «Art. 89. Clases de créditos», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, pg. 1597.

resolutorias contractuales habrá de determinarse conforme a las normas sobre privilegios previstas en la Ley Concursal (art. 89.2, *in fine*)⁸¹², sin que pueda reconocerse eficacia dentro del concurso a las cláusulas resolutorias utilizadas para garantizar cualquier crédito⁸¹³.

⁸¹² Esta parece ser la opinión mantenida por MARTÍNEZ FLÓREZ —v. «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», cit., pg. 1157— en amplio contraste con su defensa, bajo el Derecho anterior, de la eficacia de las cláusulas resolutorias en las ventas mobiliarias y en las inmobiliarias, aún sin inscripción, v. *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento en la quiebra*, cit., pgs. 94 y ss.

⁸¹³ Esta concepción es acorde con un sistema de preferencia basado en los principios de legalidad y de publicidad, dirigido a evitar el uso estratégico de las normas por parte de los acreedores, que podría provocar una situación de solvencia aparente del deudor e impedir que los demás acreedores conozcan su verdadera situación patrimonial, v. GARRIDO, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, cit., pg. 515.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA: La situación de conflicto de intereses que enfrenta el «interés del concurso» con el «interés particular» del contratante *in bonis* en los contratos con obligaciones recíprocas concluidos por el deudor con anterioridad a la apertura del procedimiento concursal y pendientes de ejecución, se origina en la confrontación entre los medios de tutela que el Derecho privado reconoce al acreedor en estos contratos —la excepción de incumplimiento contractual o de cumplimiento defectuoso y la facultad de resolución por incumplimiento— y la tutela que proporciona un sistema concursal «funcionalmente» dirigido a la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente. En este ámbito material, el criterio funcional de actuación legal es 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 procedimiento, que supone la suma de todos los intereses individuales y que se dirige a distribuir de forma eficiente un patrimonio insuficiente para realizar un fin concreto: la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente. En este sentido, la Ley Concursal establece una regulación general para los contratos con obligaciones recíprocas que deberá atender al interés del concurso y que se dirige a conciliar los mecanismos de tutela individual de los derechos de crédito con la tutela colectiva que procura el procedimiento concursal. No obstante, la regulación general convive con otras soluciones legales encaminadas a permitir la tutela de un determinado interés contractual y que no pueden explicarse desde la eficiencia, ya que tienen una finalidad distributiva. Así, se mantienen las soluciones normativas previstas bajo el Derecho codificado para determinados contratos en particular (v. gr., mandato, comisión, agencia o seguro), se disponen reglas específicas en casos concretos (contratos de trabajo y contratos con administraciones públicas) y se establecen normas especiales para algunos supuestos (contratos de préstamo o crédito, contratos de adquisición de bienes con precio aplazado y enervación del desahucio en los arrendamientos urbanos). Al mismo tiempo, la aplicación de las disposiciones generales dependerá de la concurrencia de diferentes factores, como las posibilidades de continuación en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del deudor, las perspectivas de convenio con los acreedores o la necesidad de la liquidación.

SEGUNDA: La «originalidad» que se atribuye a las normas que regulan los efectos del concurso de acreedores sobre los contratos deriva de la «reacción legislativa» frente al Derecho codificado, que carecía de una regulación general. Ello conducía a fundar las soluciones doctrinales y jurisprudenciales para los supuestos carentes de previsión legal específica en el derecho de separación del vendedor *in bonis* e insatisfecho en caso de quiebra del comprador. Sin embargo, la Ley Concursal prescinde de reglas especiales para el contrato de compraventa y establece una regulación general aplicable a los contratos con obligaciones recíprocas que parte de aquellas soluciones y comprende tres aspectos fundamentales: el de los efectos del concurso sobre el contrato en sí, al establecer la regla de la vigencia del contrato con obligaciones recíprocas; el de los

efectos sobre los créditos derivados del contrato, al prever que se realicen con cargo a la masa las prestaciones a que esté obligado el concursado; y el de los medios de actuación de los que dispone el contratante no concursado en caso de concurso de la contraparte, al regular la resolución del contrato por incumplimiento dentro del concurso. En esta regulación, el contrato con obligaciones recíprocas pendiente de cumplimiento se mantiene vigente tras la declaración de concurso de cualquiera de las partes, cuando no concurra un interés concursal favorable a su resolución, y podrá resolverse en caso de incumplimiento de un contratante, cuando no concurra un interés concursal favorable a su mantenimiento. Así, la composición de los intereses en conflicto parte del criterio funcional del interés del concurso, el cual habrá de guiar el arbitrio de la administración concursal y del juez a la hora de decidir sobre los contratos. La determinación en cada caso de ese interés concursal dependerá de muchos factores: del conocimiento que se tenga de la situación patrimonial y financiera del deudor, de la fase procesal en la que nos encontremos, del mantenimiento de la actividad o del cierre o de la necesidad de procurar un convenio o realizar la liquidación e, incluso, de las consecuencias que se deriven de la eventual calificación del concurso como culpable. Por una parte, y en cuanto criterio interpretativo dirigido a delimitar la actuación de los órganos concursales, introduce seguridad en el sistema jurídico y, en consecuencia, permite una reducción de los costes susceptibles de generarse por una actuación de los órganos que no cuente con la información adecuada. Por otra, esa misma necesidad de delimitar el criterio del interés concursal hace que los interesados perciban un cierto grado de incertidumbre en la normativa acerca de los posibles efectos del concurso sobre los contratos y de las consecuencias que su resolución voluntaria o por incumplimiento o su continuación por decisión judicial pueden tener para la masa activa. En este sentido, estamos ante una regulación especialmente *tuitiva* de la parte *in bonis*, que convierte en créditos contra la masa los créditos a su favor derivados del mantenimiento o la resolución de los contratos, de modo que la funcionalidad concursal que se realiza a través del criterio del interés del concurso puede verse limitada por la solución normativa acerca de los efectos sobre los créditos derivados de los contratos. Así, se advierte que el alcance de la cuantía de estos créditos en la larga lista de créditos contra la masa puede llegar a constituir en muchos casos el único criterio conformador del interés del concurso y, por tanto, que la solución para los contratos vendría condicionada por el problema de su coste.

TERCERA: La necesidad de distanciarse de un Derecho histórico altamente insatisfactorio y desterrar definitivamente los especiales mecanismos de protección del vendedor de bienes muebles insatisfecho en caso de quiebra del comprador ha conducido al legislador a la distinción de supuestos en orden al grado de ejecución del contrato, probablemente con la intención de impedir la posibilidad de ejercicio de la resolución por parte del contratante *in bonis* que cumplió en caso de concurso de la contraparte. Ahora bien, a nuestro modo de ver, la distinción introduce imprecisión en la normativa. Por un lado, ni siquiera cumple una función delimitadora de su campo de

aplicación, ya que, en todo caso, existirá la necesidad de determinar cuándo concurrirá un cumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes tomando como punto de referencia temporal el momento de la declaración de concurso. Por otro, cuando el contrato ha sido cumplido íntegramente por una parte, la solución legal parece acorde con los principios concursales, al incluir en la masa activa o en la masa pasiva del concurso el crédito o la deuda que corresponda al deudor, de modo que, en caso de concurso del vendedor que cumplió con su obligación de entrega, la administración concursal deberá incluir en el inventario de la masa activa el crédito por el precio, y, en caso de concurso del comprador que no cumplió con su obligación de pago, el crédito del vendedor por el precio se incluirá en la masa pasiva del concurso. Sin embargo, la Ley no se ocupa de la facultad de resolución por incumplimiento a favor del contratante cumplidor y, si bien en caso de cumplimiento del concursado, no existen razones para derogar las reglas generales e impedir el ejercicio de la resolución por incumplimiento de la contraparte *in bonis*; en caso de cumplimiento del contratante *in bonis*, pendiente la obligación a cargo del concursado, las consecuencias que se derivan del ejercicio de la resolución sí resultan incompatibles con los principios y reglas concursales. Esa situación de incompatibilidad entre los efectos restitutorios de la resolución y las reglas funcionales del procedimiento contrastan con el enunciado de un principio de vigencia del contrato que exige su normal funcionamiento y permite entender que, con arreglo al esquema legal típico previsto para estos contratos, sería posible el ejercicio de los mecanismos de protección que despliega el sinalagma, la excepción de incumplimiento contractual y la facultad de resolución por incumplimiento.

CUARTA: Frente al Derecho anterior, el legislador se dirige a evitar que el contratante *in bonis* pueda hacer uso de la facultad de resolución por incumplimiento en los contratos de tracto único y separar de la masa activa los bienes que ingresaron en ella en función del contrato. De este modo, en un contrato de tracto sucesivo, si se produjeron incumplimientos del concursado anteriores a la declaración de concurso, la parte *in bonis* podría resolver el contrato. En cambio, en un contrato de tracto único, si el incumplimiento del concursado fue anterior a la declaración de concurso, de la normativa parece deducirse que deberá seguir vinculado a un contrato que probablemente no pueda ser cumplido por el concurso. No obstante, aunque no pueda resolver, a nuestro modo de ver, sí que podrá ejercer la excepción de incumplimiento contractual si se le reclama el cumplimiento y comunicar su crédito por lo que por su parte hubiera cumplido. En consecuencia, mientras que una vez declarado el concurso el crédito del contratante *in bonis* en un contrato de tracto único surgido con anterioridad a la apertura del procedimiento es en todo caso un crédito concursal que debe integrarse en la masa activa; en los contratos de tracto sucesivo, el contratante *in bonis* podría obtener un cumplimiento íntegro a cargo de la masa de todas las prestaciones anteriores u optar por la resolución del contrato y verse libre de la contratación. No obstante, esta solución no tiene las mismas consecuencias para todos los contratos de tracto sucesivo, ya que cuando el contrato no sea necesario para la continuación de la actividad

profesional o empresarial del deudor o la contratación cuente con una alternativa en el mercado que presente mejores condiciones para el concurso, el contrato podrá resolverse en interés del procedimiento y las prestaciones anteriores a cargo del concursado originarán créditos concursales. En cambio, cuando el objeto de la contratación sean bienes o servicios que se prestan en una situación de mercado en la que apenas existe competencia y el contrato sea necesario para la continuación de la actividad, el contratante *in bonis* podría hacer uso de la excepción de incumplimiento contractual o de la resolución por incumplimiento y obtener un cumplimiento íntegro de las prestaciones anteriores o provocar la intervención del juez con el fin de que este enerve la resolución y exija el cumplimiento del contrato en interés del concurso, situación en la que alguna doctrina y jurisprudencia han considerado a cargo de la masa todas las prestaciones derivadas del contrato, tanto las anteriores como las posteriores a la declaración de concurso.

QUINTA: Cuando el contrato está pendiente de cumplimiento solo por el concursado no puede aceptarse que subsista vigente conforme a las reglas generales, ya que se ejerza o no la resolución por la parte *in bonis* debe sufrir las consecuencias de la apertura del procedimiento y, conforme a la regla de la concursalidad, el crédito del contratante *in bonis* que cumplió antes del concurso, ya se trate de un crédito por la contraprestación o de un crédito por la restitución de lo entregado, será un crédito concursal sujeto al procedimiento. La apertura del procedimiento altera necesariamente el vínculo de reciprocidad contractual, ya que somete los intereses individuales de los acreedores legítimos al interés del concurso. En atención a ese interés, el contratante *in bonis* cumplidor no puede ejercer una acción resolutoria que le permita recuperar lo que entregó y ya había entrado en la masa activa del procedimiento y, del mismo modo, en atención a ese interés, cuando el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, sus efectos habrán de someterse a las reglas concursales. Así, no solo se admite la resolución sin incumplimiento y en interés del concurso, sino que la resolución por incumplimiento habrá de producirse ante el juez del concurso y por los trámites del incidente concursal, de modo que pueda ser enervada por el juez cuando lo estime conveniente para el interés del concurso. Además, esa resolución tendrá un alcance limitado al crédito por la contraprestación debida, que será concursal, si el incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso, y contra la masa, si el incumplimiento del concursado fue posterior a la apertura del procedimiento. Ahora bien, a partir de la distinción legal entre contratos pendientes de cumplimiento solo por una parte y contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, se atribuye únicamente al contratante que no cumplió o cumplió parcialmente y que ve resuelto el contrato en interés del concurso un crédito contra la masa por la parte de prestación satisfecha, que le permitirá recobrar lo que entregó o su equivalente pecuniario y, en todo caso, la posibilidad de reclamar, también contra la masa, los daños derivados de la resolución. Esta tutela atribuida al contratante *in bonis* cuando el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes, hace de “peor condición” a este contratante en un

contrato de tracto único y traslativo del dominio, como la compraventa, cuando el acreedor carece de garantías específicas y cumplió totalmente la prestación a su cargo.

SEXTA: El principio de vigencia del contrato impide su resolución como consecuencia del concurso, pero no puede entenderse como una regla de continuación automática. El contrato no es, en sentido estricto, oponible al procedimiento, ya que el concursado intervenido o la administración concursal podrán resolverlo en interés del concurso y, por tanto, aun cuando no concurra incumplimiento. Una solución que resulta acorde con un procedimiento que si bien prevé la conservación de la masa activa y la continuación de la actividad, y que manifiesta su preferencia por la solución convenida y por la conservación de las empresas o unidades productivas integradas en la masa, declara, al mismo tiempo, como finalidad esencial del concurso, la satisfacción de los acreedores. De modo que, atendiendo a esa finalidad, se admite que puedan enajenarse bienes de la masa activa para su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso, o que el juez pueda acordar el cierre total o parcial y el cese de la actividad, o que la liquidación se realice mediante la división y realización aislada de los elementos patrimoniales cuando resulte más conveniente a los intereses del concurso. El contrato aparece así como un elemento del activo patrimonial sujeto a las exigencias funcionales del procedimiento, lo que justifica la “especialidad” de las normas sustantivas y procesales que complementan el principio de vigencia del contrato. En este sentido, dicho principio no exige que el contrato subsista en todas sus cláusulas, incluso aquellas que sean incompatibles con el concurso y, al mismo tiempo, no impide que las partes puedan acordar la modificación de algunas de las condiciones inicialmente estipuladas, no obstante las limitaciones sobre las facultades patrimoniales del deudor que conlleva la declaración de concurso. Por último, la conversión del contrato en “contrato de masa” supone para el contratante in bonis la garantía de cumplimiento que proporciona el concurso, acorde con la reciprocidad propia de la contratación, si bien la imprecisión legislativa exige determinar si las prestaciones debidas por el concursado son sólo las pendientes de cumplimiento tras la declaración de concurso, o deben considerarse a cargo de la masa también las prestaciones pendientes con anterioridad a la apertura del procedimiento. A nuestro modo de ver, cuando las prestaciones resulten divisibles y susceptibles de satisfacer separadamente el interés del acreedor, una interpretación estricta de la categoría de los créditos contra la masa, acorde con su naturaleza y funcionalidad, exigiría considerar prestaciones debidas por el concursado solo las posteriores a la apertura del procedimiento. Frente a ello, si las prestaciones resultan indivisibles y el interés del acreedor solo se satisface con el cumplimiento de toda la prestación fraccionada, tanto las pendientes con anterioridad como las posteriores habrán de considerarse créditos contra la masa.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALAUZET, I., *Commentaire du Code de Commerce*, vol. VIII, París, 1879.
- ALBALADEJO, M., «La mora en las obligaciones recíprocas», *RCDI*, 464, 1968.
- *Curso de derecho civil español*, vol. II, Barcelona, 1984.
- *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1987
- ALBERTARIO, E., *Studi di Diritto romano*, Milán, 1936.
- ALBIOL MONTESINOS, I., «La estabilidad de la relación de empleo en los casos de quiebra del empresario», *Revista de Política Social*, 1966.
- ALCOVER GARAU, G., *La retroacción de la quiebra*, Madrid, 1996.
- ALGUER, J., «Para la crítica del concepto de precontrato», *RDP*, 1935.
- ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972.
- *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La «vis atractiva» del proceso concursal*, (Estudios de Derecho concursal, 11), Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.
- ÁLVAREZ OLALLA, P., «Artículo 80», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Madrid, 2004.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1986.
- ANGULO RODRÍGUEZ, L., «El contrato de comisión», en Jiménez Sánchez (coord.): *Derecho mercantil*, vol. II, Barcelona, 1999.
- APPLETON, CH., «A l'epoque classique le transfert de propriété de la chose vendue et livrée était-il subordonné, en règle, au paiement du prix?», en *Revue Historique de Droit Francais et Etranger*, 1928.
- ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in Diritto romano*, vol. I y II, Nápoles, 1987.
- ARCANGELI, A., «Gli istituti del diritto commerciale nel costituito senese del 1310», *Riv. Dir. Comm.*, vol. IV, 1906.
- ARCHI, G. G., *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padua, 1934.
- ARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, *RDP*, Pamplona, 2001 (RDP monografías, 5).
- ASSISI, A., «Il patto commissorio», *Giurisp. Italiana*, 1933.

- ATIYAH, P. S., *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1971.
- *The sale of goods*, Londres, 1990.
- BALZAC, H., *Eugenia Grandet*, Club Internacional del Libro, Madrid, 1991.
- BARÓ CASALS, A., *Jurisprudencia Concursal Sistematizada, 2006 a 2012*, disponible en internet en: <<http://www.bufetebaro.com/pub-docs/jurisprudencia-concursal.pdf>>, [última consulta: septiembre de 2012].
- BAUR, F., *Konkurs- und Vergleichsrecht*, Tubinga, 1979.
- BECHMANN, A., *Der Kauf nach Gemeinem Recht*, Leipzig, 1965.
- BEDARRIDE, J., *Libre deuxième du commerce maritime*, París-Aix, 1894.
- *Traité des faillites et banqueroutes, ou commentaire de la Loi du 28 mai 1838*, 2 vols., París, 1844.
- BELLIDO, R., «Art. 51. Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- «Art. 52. Procedimientos arbitrales», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- «Art. 54. Ejercicio de las acciones del concursado», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., *El derecho de retención en el Código Civil*, Salamanca, 1955.
- BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986
- «Art. 49. Integración de la masa pasiva», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- «Art. 84. Créditos concursales y créditos contra la masa», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- «Art. 154. Pago de créditos contra la masa», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- «El derecho de separación en la quiebra», en *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, vol. I, Madrid, 1996.
- «El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico», en Rojo (dir.): *La reforma de la legislación concursal*, Madrid-Barcelona, 2003.

— «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», en *Estudios en homenaje a A. Menéndez*, Madrid, vol. III, 1996.

— «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *ADCo*, 11, 2007-2.

— y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 145. Efectos sobre el concursado», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.

— y SÁNCHEZ PAREDES, M.L., *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Civitas, Pamplona, 2009.

BENJAMIN, J. P., *Sale of goods*, Londres, 2006.

BERCOVITZ, R., «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, 4, vol. XXII, 1969.

— (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra, 2006.

— *La cláusula de reserva de dominio*, Madrid, 1971.

BERMEJO GUTIERREZ, N., «Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra (Nota sobre un falso problema)», *RCDI*, 641, 1997.

— *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002.

BIGIAMI, W., «Irretroattività della risoluzione per inadempimento», *Riv. Dir. Comm.*, 32, 1934.

— *La rivendicazione del venditore*, Padua, 1935.

BISBAL, J., «La insoportable levedad del Derecho concursal», *RDM*, 1994.

BONARDELL LENZANO, R., *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, Valencia, 2006.

BONELL, M. J., «La crisi delle tradizionali procedure concorsuali: uno sguardo oltre frontiera», *Giur. Comm.*, vol. I, 1981.

BONELLI, G., «Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali», *Riv. Dir. Comm.*, 1918.

— «Rapporti giuridici preesistenti», en *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, Milán, 1923.

— *Del fallimento (Commento al codice di commercio)*, vol. II y III, Milán, 1923.

BONFATTI, S., y CENSORI, P. F., *Manuale di Diritto fallimentare*, Padua, 2009.

BONNINCHON, E., *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, París, 1900.

- BONSIGNORI, A., *Diritto fallimentare*, Turín, 1992.
- ; NARDO, G., y LAZZARA, M., *I contratti nelle procedure concorsuali*, Milán, 1992.
- BORRACHERO, M., «Algunos problemas de la compraventa con precio aplazado», *RDP*, 1949.
- BORRELL Y SOLER, A. M., *El contrato de compraventa según el Código Civil español*, Barcelona, 1925.
- BORRICAND, J., «La clause résolutoire expresse dans les contrats», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1957.
- BORSARI, L., *Codice di commercio del Regno d'Italia annotato*, 2.^a parte, Turín-Nápoles, 1869.
- *Commentario del codice civile italiano*, vol. IV, 1.^a parte, 1878.
- BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1994.
- y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, Madrid, 2009.
- BRUGI, B., «Risoluzione legale di una vendita di merci da consignare a più represe», *Riv. Dir. Comm.*, vol. III, t. II, 1905.
- BRUNETTI, A., *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932.
- CABRILLO, F., *Análisis económico del Derecho concursal español*, Madrid, 1986.
- CALDERÓN, P., «Art. 8. Juez del concurso», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- CANDIAN, A., «Fallimento e contratti bilaterali in corso di esecuzione», *Riv. Dir. Comm.*, 1933.
- *El processo di fallimento*, Padua, 1934.
- CARRASCO, A., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- CASALS COLLDECARRERA, M., «La incidencia del concurso en las relaciones jurídicas preexistentes», *RGD*, 529-530, octubre-noviembre, 1988.
- CASANOVA, M., *Disciplina giuridica delle obbligazioni di restituzione nel fallimento*, Pisa, 1933.
- CASSANDRO, G., «La rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XVI», en *Documenti e Studi per la Storia del Commercio e del Diritto commerciale italiano*, Turín, 1983.
- CASTÁN, J. M., «La quiebra a través de la novela», *ADCo*, 19, (2010-1).

CENSORI, P. F., *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, Milán, 1978.

CHARLESWORTH, J., *Mercantile Law*, Londres, 1984.

CLEMENTE MEORO, M. E., «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», *ADCo*, 10, 2007.

— *El acreedor de dominio*, Valencia, 2000.

— *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998.

COLIN, A., y CAPITANT, H., *Cours élémentaire de droit civil français*, vol. II, París, 1921.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, *Proyecto de Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia de 2006*, disponible en internet en: <www.uncitral.org>, [última consulta: septiembre de 2012].

— *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, disponible en internet en: <www.uncitral.org>, [última consulta: septiembre de 2012].

CONSEJO GENERAL DEL COLEGIO DE ECONOMISTAS, *Crisis económica y derecho concursal*, Madrid, 1984.

CORDÓN MORENO, F., «Art. 51. Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes», en Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

— «Art. 76. Principio de universalidad», Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

— «Art. 80. Separación», en Cerdón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

— «Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del art. 52.1 LC)», *ADCo*, 23, 2011.

— *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, Pamplona, 1995.

CORDONES RAMÍREZ, M., y AURIOLES MARTÍN, A., *La quiebra en las Ordenanzas Consulares de Málaga*, Málaga, 1987.

CORTÉS, L. J., «La posición del acreedor hipotecario en la quiebra», en *Estudios en homenaje a A. Menéndez*, Madrid, vol. III, 1996.

- CUZZERI, E., «Del fallimento. Commento riveduto dal Prof. Antonio Cicu», en Bolaffio y Vivante (dirs.): *Il codice di commercio commentato*, vol. IX, Turín, 1922.
- D'ALESSANDRO, F., *I Titoli di partecipazione*, Milán, 1968.
- D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 1968.
- DALMARTELLO, A., «Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutorii e contratti sinallagmatici», *Riv. Dir. Civ.*, 1955.
- DAVIES, I., *Sale and supply of goods*, Londres, 1996.
- DE ÁNGEL, R., «En torno al polémico artículo 878 del Código de Comercio», *ADCo*, 13, 2008.
- DE BENITO, J. L., *Al servicio de nuestra tradición jurídica (la doctrina española de la quiebra)*, Madrid, 1930.
- DE CASTRO y BRAVO, F., «El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto», *RDN*, 1966.
- «La promesa de contrato (Algunas notas para su estudio)», *ADC*, 1950.
- *Derecho civil de España*, Madrid, 1984.
- *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.
- DE COSSÍO, A., «La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas», *ADC*, 1953.
- «Los riesgos en la compraventa civil y mercantil», *RDP*, 1944.
- DE HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Filipica*, vol. II, cap. XII, Madrid, 1825.
- DE LA CUESTA RUTE, J. M., «Aspectos de la protección del vendedor en la compraventa a plazos ante la suspensión de pagos del comprador», *La Ley*, 1982-4.
- DE LA OLIVA, A., y FERNÁNDEZ, M. A., *Lecciones de derecho procesal*, vol. II, 1986.
- DE MARTINI, A., *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuale*, Milán, 1956.
- DE MARTINO, V., *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, Commentario teorico-pratico alla legge fallimentare*, Roma, 1970.
- DE MEDIO, A., «Unus casus», *Studi giuridici V. Scialoja*, vol. II, Diritto Romano, Roma, 1933-34.
- DE SIMONE, M., «Il contratto con prestazioni corrispective», *Riv. Trim. Dir. Pro. Civ.*, 1948.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Navarra, 2004.

DEL VECCHIO, A., *Sulla rivendicazione dei beni mobili nell'antico diritto germanico*, Archivio Giuridico, vol. XX, 1878.

DI MARZIO, F., «Art. 72 bis. Fallimento del venditore e contratti relativi ad immobili da costruire», en Jorio (dir.): *Il nuovo Diritto fallimentare*, Bologna, 2006.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Los modelos de tutela del adquirente de vivienda no terminada en los derechos italiano y español: contratante débil o consumidor. Aplicación a formas de adquisición distintas de la compraventa», *RDP*, enero-febrero 2011.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Art. 400», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.

DÍEZ-PICAZO, L., «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», *ADC*, 1964.

— *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol I, Madrid, 1988.

— *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, Pamplona, 2008.

— *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Pamplona, 2007.

— *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. IV, Pamplona, 2010

— y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, 3 vol., Madrid, 1985-1987.

— ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A. M., *Los principios del derecho europeo de los contratos*, Madrid, 2002.

DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *Derecho civil español*, vol. II, Valladolid, 1868.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 62», en Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez (dirs.): *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Valladolid, 2004.

— «Artículo 68», en Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez (coords.): *Comentarios a la legislación concursal*, vol. II, Valladolid, 2004.

DUPOY, C., *Le droit des faillites en France avant le Code de Commerce*, París, 1960.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX: El significado histórico de la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las Compañías de ferrocarriles», en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981.

— «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», *ADC*, vol. 33-1, 1980.

EBERS, M., «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002», en *ADC*, vol. LVI- 4, octubre, 2003.

ECHÉVARRI Y VIVANCO, J. M., *Comentarios al Código de Comercio*, Valladolid, 1933.

ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. II-1, undécima revisión por H. Lehmann; B. Pérez González y J. Alguer (trads., de la 35.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas), Barcelona, 1933.

ESPÍN CÁNOVAS, D., «La excepción de incumplimiento contractual», *ADC*, vol. XVII- 3, 1964.

— «Tendencias modificadoras de la categoría del contrato bilateral», en *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, vol. I, Madrid, 1959.

ESPINAR LAFUENTE, F., «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, vol. II, Pamplona, 1969.

ESTASÉN, P., *Tratado de las suspensiones de pagos y de las quiebras*, Madrid, 1908.

FENOY PICÓN, N., «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: análisis comparativo del art. 1124 CC y del art. 121 del Texto Refundido de consumidores», en el *ADC*, vol. LXII-1, enero, 2009.

— *El sistema de protección del comprador*, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La compraventa», en *Estudios de Derecho romano de obligaciones en homenaje al profesor J. L. Murga Genes*, Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ ESPINAR, R., «La compraventa en el derecho medieval español», *AHDE*, 1955.

FERRARA, E., *Il fallimento*, Milán, 1974.

FERRINI, C., «Sull'origine del contratto di vendita in Roma», en *Opere di Contardo Ferrini*, vol. III, Milán, 1929.

FÍNEZ RATÓN, J. M., *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, 1992.

FLETCHER, I., *The Law of Insolvency*, Londres, 1990.

FOIGNET, R. y DUPONT E., *Manuel élémentaire de droit civil*, vol. II, París, 1938.

FRIDMAN, G.H.L., *Sale of Goods*, Londres, 1966.

FRIGOLA I RIERA, A., «El adquirente de vivienda ante el concurso inmobiliario», en García-Cruces (dir.): *Crisis inmobiliaria y Derecho concursal*, Aranzadi, 2009.

FUZIER-HERMAN, E., «Arts. 1168 y 1581», en *Code Civil*, vol. III, París, 1896.

GALLO, F., *Il principio «emptio dominium transfertur» nel diritto pregiustiniano*, Milán, 1960.

— *Studi sul trasferimento della proprietà in Diritto romano*, Turín, 1955.

GARCÍA CANTERO, G., «Arts. 42 a 107», en Albaladejo (dir.): *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. II, Madrid, 1982.

GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho privado romano*, Madrid, 1989.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, vol. III, Madrid, 1952.

GARCÍA VICENTE, J. R., «Art. 61. De los efectos sobre los contratos», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid 2004.

— «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso», *ADCo*, 13, 2008-1.

— «Promesa bilateral de compraventa pendiente de ejecución y concurso de promitente comprador», *ADCo*, 6, 2005.

GARCÍA VILLAVERDE, R., «Una forma especial de garantía: los efectos de la quiebra y la suspensión de pagos sobre las relaciones jurídicas bilaterales preexistentes y pendientes de ejecución», en AA.VV.: *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, 1996.

GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, B., «Efectos de la declaración de concurso sobre las relaciones jurídico-privadas del deudor», en Fernández de la Gándara y Sánchez Álvarez (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, coord., Madrid-Barcelona, 2004.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., *Efectos del concurso sobre los créditos*, Valencia, 2009.

GARCÍA-CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, Navarra, 2004.

— «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal (I)», *AJA*, 590, 2003.

— LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-Ley 3/2009*, Pamplona, 2009.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Derecho mercantil de obligaciones. Contratos comerciales*, Santiago de Compostela, 2011.

- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., «Art. 8. Juez del concurso», Cordon (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Navarra, 2004.
- GARNICA MARTÍN, J. F., «El derecho de retención en el concurso», *ADCo*, 5, 2005.
- GARRIDO, J. M., «Art. 89. Clases de créditos», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- «Art. 91. Créditos con privilegio general», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- «Art. 155. Pago de créditos con privilegio especial», en Rojo y Beltrán, (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid, 1999.
- «Jurisprudencia española en materia de quiebras (1978-1988)», *RDM*, 1988.
- «La graduación de créditos», en Rojo (dir.): *La reforma de la legislación concursal*, Madrid-Barcelona, 2003.
- *La tutela preferenziale del credito nelle procedure concorsuali*, Tesis doctoral, Bolonia, 1992-93.
- *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milán, 1998
- *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000.
- GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, t. V., Bogotá, 1987.
- «Derecho de las quiebras y de las suspensiones de pagos», *RDP*, 281, 1940.
- GIL RODRÍGUEZ, J., «Art. 73», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- GIRÓN TENA, J., «Comentario a la STS de 7 de junio de 1946», *RDM*, 5, 1946.
- «Introducción (Temario para una encuesta)», *RFDUC*, 1985 (RFDUC monografías, 8).
- GOLDSCHMIDT, L., *Storia universale del Diritto commerciale*, Pouchoin y Scialoja (trads.), Turín, 1913.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. y REUS Y GARCÍA, J., *Código de comercio anotado y concordado*, Madrid, 1878.
- GÓMEZ MENDOZA, M., «Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales», en *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid-Barcelona, 2005.

— «Las prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas», *RDCP*, 4, 2006.

— «Suministro y concurso: algunas cuestiones polémicas», *RDCP*, 8, 2008.

GONDRA, J. M., «Convenio y reorganización en la nueva Ley Concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada», en AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, vol. IV, Madrid, 2005.

— «Del derecho de la economía a la moderna economía del derecho (viejas y nuevas perspectivas de colaboración interdisciplinar entre las ciencias económica y jurídica), en *Ensayos de economía en conmemoración del XXV aniversario de la fundación de la facultad*, Bilbao, 1981.

— *Introducción al Derecho mercantil*, Madrid, 1989.

— «Reflexiones en torno a la funcionalidad del sistema concursal proyectado», *RFDUC* 1985 (RFDUC monografías 8).

GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, J. M., *Comentarios al Código de Comercio*, vols. III y V., Valladolid, 1933.

GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856.

GONZÁLEZ, J., «La teoría del título y del modo», *RCDI*, 2, 1925.

GOODE, R. M., *Proprietary rights and insolvency in sales transactions*, Londres, 1985.

GRECO, P., y COTTINO, G., «Art. 1470-1547 CC. Della vendita», en Scialoja y Branca (dirs.): *Commentario del codice civile*, Bolonia-Roma, 1981.

GROSSI, G., «Schiaramento storico-interpretativo degli art. 707, 708, 709, e 2146 del cod. civ. italiano (art. 2279, 2280 del cod. civ. Francese)», *Archivio Giuridico*, vol. XIII, 1874.

GUALANDI, L., «Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti», *Manuale di Diritto fallimentare*, Milán, 2007.

GUGLIELMUCCI, L., «Arts. 72 a 83. Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti» en *Commentario Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1979.

— «Art. 72. Rapporti pendenti», en Jorio (dir.): *Il nuovo Diritto fallimentare*, vol. I, Bolonia, 2006.

— «Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», en *Commentario Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1979.

— «Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», en Jorio (dir.): *Il nuovo Diritto fallimentare*, Bolonia, 2006.

- *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Milán, 2006.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Art. 80.1», en Sánchez Calero y Guilarte Guriérrez (coords.): *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid, 2004.
- GUILARTE, C., «Las categorías de ineficacia en la Ley Concursal», *ADCo*, 10, 2007.
- GUILLOUARD, L., *Traité des privilèges et hypothèques*, vol.I, París, 1897.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., «Artículo 1922», en Albaladejo (dir.): *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. I, Madrid, 1987.
- HERBST, G., *Einführung in das Konkurs- und Vergleichsrecht*, Colonia, 1988.
- HERNÁNDEZ-TEJERO, L., «Pactos añadidos a la compraventa», en *Estudios de Derecho romano de obligaciones en homenaje al profesor J.L. Murga Genes*, Madrid, 1994.
- ICC. CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, *INCOTERMS 2010*, Barcelona, 2010.
- IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Barcelona, 1984.
- IOZZO, F., «Art. 80» en Jorio (dir.): *Il nuovo Diritto fallimentare*, t. I, Bolonia, 2006.
- IRURZUN GOICOA, D., «La cláusula resolutoria y el pacto comisorio», en Martínez-Radio (dir.): *Estudios de Derecho Privado*, t. II, Madrid, 1965.
- JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge, 1986.
- JACQUEMONT, A., *Droit des entreprises en difficulté*, París, 2007.
- JIMÉNEZ ESCÁRZAGA, J. D., «La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de comercio», *RDM*, 1958.
- JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, I. y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1792.
- JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Madrid, 1992.
- JOURNAL, P., *Les effets de la faillite ou de la saisie-arrêt sur le compte courant*, París, 1928.
- JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», *ADCo*, 13, 2008-1.
- *La extinción de los contratos bancarios de apertura de crédito*, Granada, 2001.
- KASER, M., «Compraventa y transmisión de la propiedad en el derecho romano y en la historia de la dogmática moderna», *AAMN*, 13, 1962.

- *Derecho romano privado*, Santa Cruz Teijeiro (trad.), Madrid, 1982.
- KAYSER, P., «Le droit de résolution du vendeur de meubles non payé au cas de faillite de l'acheteur et la Loi du 20 mars 1928», *Ann. De Droit Comm.*, t. XLI, 1932.
- KILGER, J. y SCHMIDT, K., *Insolvenzgesetze (KO/VerglO/GesO)*, Múnich, 1997.
- KRAHMER, H., *Gegenseitige verträge*, 1904.
- KREFT, G. y HUBER, M., *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. II, Múnich, 2002.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. II, Madrid, 1999.
- LANDFERMANN, «Auf den Spuren des Verfolgungsrecht. Par. 44 in historischer und rechtvergleichender Sicht», *Rabel's Z*, 34, 1970.
- LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, Barcelona, 1958.
- LARA GONZÁLEZ, R., *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Madrid, 1998.
- LATTES, A., *Il fallimento nel diritto comune e nella legislazione bancaria della repubblica di Venezia*, Venecia, 1880.
- LEÓN, F., «Art. 71. Acciones de reintegración», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- «Art. 73. Efectos de la rescisión», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- LLÁCER MATA CÁS, M. R., *El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992.
- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La reserva de dominio en la quiebra*, Madrid, 1997.
- LOCRE, J. G., *Esprit du Code de Commerce*, t. VII, París, 1812.
- LÓPEZ DE HARO, C., *El derecho de retención*, Madrid, 1921.
- LÓPEZ DE TOVAR, G., «Código de las Siete Partidas», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, t. V., Madrid, 1872.
- LÓPEZ-BELTRÁN DE HEREDIA, C., «El supuesto carácter recíproco de la obligación de restitución derivada de un contrato nulo o anulable», en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, vol. II, Valencia, 1995.
- *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995.
- LOWE, R., *Commercial Law*, Londres, 1983.

- LYON-CAEN, CH. y RENAULT, L., *Manuel de droit commercial*, París, 1910.
- MACIOCE, F., *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Nápoles, 1988.
- MADRAZO LEAL, J., «Art. 68. Rehabilitación de créditos», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- «Art. 69. Rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- «Art. 70. Enervación del desahucio en arrendamientos urbanos», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- «Eficacia del contrato», en Bercovitz (dir.): *Tratado de Contratos*, t. I, Valencia, 2009.
- MAFFEI ALBERTI, A., *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padua, 2000.
- MAIRATA COROMINAS, J., «El privilegio específico del artículo 62.3 de la Ley Concursal (a propósito de la SAP Murcia de 29 de octubre de 2007)», *RDCP*, 9, 2008.
- MAJADA, A., *Código Civil*, Barcelona, 1958.
- MALVAGNA, S., «L'influenza del fallimento sui contratti in corso d'esecuzione», *Diritto e Pratica Commerciale*, 1930.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. V, Madrid, 1931 y t. X, Madrid, 1932.
- MARGUIERI, A., *I motivi del nuovo Codice di Commercio italiano*, vol. II, parte, Nápoles, 1885.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «Art. 51», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Madrid, 2004.
- MARÍN NARROS, H. D., «Estudio sobre el concepto y los efectos del precontrato», *RCDI*, 718, abril 2010.
- MAROTZKE, W., *Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht*, Berlín, 1998.
- *Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich*, Múnich, 1985.
- MARTÍN REYES, M. A., «La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada», *RCDI*, 2004.
- «Retroacción de la quiebra, nulidad del contrato y restitución de prestaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1973», *RJC*, vol. 74, 2, 1975.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Art. 40. Facultades patrimoniales del deudor», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004.

— «Art. 43. Conservación y administración de la masa activa»

— «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004.

— «Art. 62. Resolución por incumplimiento», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.

— «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», *ADCo*, 13, 2008-1.

— «La declaración judicial de quiebra como causa de denuncia del contrato de Agencia», *RDM*, 222, 1996.

— *Las cláusulas resolutorias por incumplimiento y la quiebra*, Madrid, 1999.

— *La inhabilitación del quebrado. Ámbito temporal*, Pamplona, 2002.

— *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid, 1993.

— *Los efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1991.

MARTÍNEZ ROSADO, J., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (arts. 61 a 63 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal)», en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a Manuel Olivencia*, t. III, Madrid-Barcelona, 2005.

MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «El incumplimiento resolutorio en la reciente doctrina del Tribunal Supremo», *RJN*, enero-marzo, 1994.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *Adquisición de la propiedad e insolvencia del vendedor*, Aranzadi, 2002 (monografías Aranzadi, 8).

MARTINO, V., *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, Commentario teorico-pratico alla legge fallimentare*, Roma, 1970.

MASSAGUER FUENTES, J., *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986.

MENÉNDEZ, A., «La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa mercantil», *RDM*, 1951.

— y ROJO, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho mercantil. El Derecho concursal*, Pamplona, 2012.

— y ROJO, A., y BELTRÁN, E., *Lecciones de Derecho mercantil. El Derecho concursal (adaptación de las Lecciones 42, 43 y 44 a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal)*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

MEYLAN, P., «La genese de la vente consensuelle romaine», *Revue historique de Droit francais et étranger*, 21, 1953.

MILONE, F., «Il concorso o fallimento. Studio di legislazione comparata», *Archivio Giuridico*, vol. XVI, 1876.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Aspectos de la responsabilidad del vendedor por defectos jurídicos», en *Estudios Alonso Pérez*, vol. II, Madrid, 2006.

— «El registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *El Notario del siglo XXI*, mayo-junio, 2011.

MIQUEL, J., «Compraventa y transmisión de la propiedad», en AA.VV.: *Estudios sobre Derecho romano de obligaciones en homenaje al profesor J. L. Murga Genes*, Madrid, 1994.

MIRONE, A., «Compravendita e somministrazione», en Guglielmucci (dir.): *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Milán, 2006.

MONSERIE, M. H., *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, París, 1994.

MONSERRAT, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», *ADCo*, 14, 2008-2.

MONTES PENADES, V., «Art. 348», en Paz-Ares; Bercovitz; Díez-Picazo y Cordech (dirs.): *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1993.

— «Arts. 333 a 391», en Albaladejo (dir.): *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. I, Madrid, 1987.

MONTES REYES, A., «La suspensión de pagos y los contratos de tracto sucesivo», *RGD*, 404, mayo 1978.

MONTESSORI, R., *Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali non ancora eseguiti*, Roma, 1917.

— *Il diritto di ritenzione nella materia commercial*, Milán, 1908.

MONTOYA MELGAR, A., (dir.): *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid, 1995.

MORALES MORENO, A. M., «Arts. 1484 y 1486», en *Comentario del Código Civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

— «Autonomía de la voluntad y responsabilidad en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías», en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2006.

— «El propósito práctico, y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)», en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2006.

— *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

— «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2006.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., *Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales*, Valencia, 2010.

MUÑOZ PAREDES, A., «Promoción inmobiliaria y concurso. Ideas para una reforma», ponencia presentada en el I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia —CEDIN I—, (Gijón, 16 a 18 abril de 2009).

NAVARRINI, U., *Il fallimento (estratto dal Trattato Teorico-Pratico di Diritto Commerciale-V.VI)*, Turín, 1926.

— *Trattato di Diritto fallimentare*, vol. I, Bolonia, 1934.

OGAYAR Y AYLLON, T., «Incumplimiento de las obligaciones recíprocas», *RGLJ*, 1981.

OLIVENCIA RUIZ, M., «La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio», en *Centenario del Código de Comercio*, vol. I, Madrid, 1986.

— *La terminología jurídica de la reforma concursal*, Madrid, 2006.

OMAR Y GELPI, J. M., «El procedimiento reivindicatorio en las quiebras», *RDP*, enero, 1945.

PAJARDI, P., *Radici e ideologie del fallimento*, Milán, 1992.

PANTALEÓN, F., «De la clasificación de los créditos», en Fernández de la Gándara y Sánchez Álvarez (coords.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid-Barcelona, 2004

— «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», *ADC*, t. XLIV, julio-septiembre, 1991.

— «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, t. XLII, octubre-diciembre, 1989.

PANTOJA, M. J., *Repertorio de la jurisprudencia civil española y sus apéndices (de 1838 a 1882)*, t. V, Madrid, 1889.

- PERCEROU, J., *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, París, 1937.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano Clásico*, Madrid, 2000.
- PÉREZ PÉREZ, M., *La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empleador*, Barcelona, 1980.
- PEROCHON, F., «El nuevo derecho francés de empresas en dificultades surgido de la ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (*Sauvegarde*) de las empresas», *RDCP*, 8, 2008.
- PERSICO, G., *L'eccezione d'inadempimento*, Milán, 1955.
- PINO, A., *Il contratto con prestazioni corrispective*, Padua, 1963.
- PINTO RUIZ, J. J., «En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)», *RJC*, 4, julio-agosto, 1953, y 1, enero-febrero, 1954.
- «Incumplimiento de las obligaciones civiles», *RJC*, 4, octubre-diciembre, 1964.
- PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, París, 1932.
- PRINGSHEIM, F., «Eigentumsübergang beim Kauf» en *Z.S.S. Romanistische Abteilung*, 50, 1930.
- PRINGSHEIM, F., «Randbemerkungen zur Schönbauer zur Frage des Eigentumsübergangs beim Kauf», en *Z.S.S. Romanistische Abteilung*, 53, 1933.
- PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto romano*, Turín, 1991.
- PUIG PEÑA, F., «La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral», *RGLJ*, 1966.
- QUINTANA CARLO, I.; BONET NAVARRO, A., y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Pamplona, 2005.
- RAGUSA MAGGIORE, G., *Istituzioni di Diritto fallimentare*, Padua, 1994.
- RAMELLA, A., «Trattamento dei contratti nel fallimento en el concordato preventivo», *Il Diritto fallimentare e delle Società Commerciali*, enero-febrero, 1931.
- RAMÍREZ, J. A., *La quiebra*, t. II, Barcelona, 1998.
- RECALDE CASTELLS, A., «Art. 80. Separación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, Madrid, 1992.
- RENOUARD, A., *Traité des faillites et banqueroutes*, t. II, París, 1857.

- RICCOBONO, S., «Traditio ficta», *Z.S.S. Romanistische Abteilung*, 33, 1912.
- RIVES Y MARTÍ, F., *Concurso de acreedores y quiebras*, t. II, Madrid, 1904.
- ROCCO, A., *Il fallimento. Teoría generale e origine storica*, Turín, 1917.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, L., «Note intorno a D. 18, 1, 53», *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»*, 82, 1979.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, J., *La separación de bienes en la quiebra*, México, 1951.
- ROJO, A., «Art. 2. Presupuesto objetivo», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- «Art. 3. Legitimación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- «Art. 6. Solicitud del deudor», Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- «Crisis de la empresa y procedimientos concursales», *AAMN*, 1981.
- «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *RDM*, 151, 1979.
- «La reforma del Derecho concursal español», en Rojo (dir.): *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, 2003.
- «Materiales para la reforma de la legislación concursal», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento al 1768, de 15 de febrero de 1996.
- «Notas para la reforma de la legislación concursal», *RDM*, 1975.
- *Curso de Derecho mercantil*, URÍA y MENÉNDEZ, t. II, Madrid, 2006.
- y BELTRÁN, E., «Título V. De las fases de convenio o de liquidación», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.
- y BELTRÁN (dirs.) y CAMPUZANO y SÁNCHEZ PAREDES (coords.), *Legislación y jurisprudencia concursales*, Aanzadi, Pamplona, 2008.
- ROMANO, S., *Nuovi Studio sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, Padua, 1937.
- ROSENTHAL, H., *Bürgerliches gesetzbuch*, Colonia-Berlín, 1953.
- ROVIRA SUEIRO, M., «Arts 491 a 512», *Comentarios al Código Civil*, Navarra, 2006.
- RUBINO, D., «La compravendita», en Cicu y Messineo (dirs.): *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XXIII, Milán, 1962.

RUBIO GARCÍA-MINA, J., «La declaración de quiebra y los créditos pendientes (banca y quiebra)», *AAMN*, 1959.

RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993.

RUISSI, G., «Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti», *Riv. Dir. Civ.*, XI, 1965.

SACHSE, H. R., «Purchase money security interests in the common law and the French civil law system», en Ziegel y Foster (dirs.): *Aspects of comparative commercial law: sales, consumer crédito and secured transactions*, Institute of Foreign and Comparative Law, Montreal, 1969.

SAGRERA TIZÓN, J. M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, vol. IV, Barcelona, 1989.

SAINT-ALARY-HOUIN, C., *Droit des entreprises en difficulté*, París, 2011.

SALELLES, J. R., «La vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso: [consideraciones sobre el régimen establecido por el artículo 61 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio)]», en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley Concursal en homenaje a M. Olivencia*, t.III, Madrid, 2005.

SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, L. I, Cap. XI, Lyon, 1665.

SALINAS, C., «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», *ADCo*, 24, 2011.

SALVADORE, I. A., *Effetti del fallimento sui contratti bilaterali*, Nápoles, 1914.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 2003.

SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Los acreedores involuntarios*, Pamplona, 2008.

SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «La inclusión en el inventario de los créditos por devoluciones de IVA (SJM 9 Madrid 16.6.2010)», *ADCo*, 22, 2011-1.

— «Fianza solidaria en garantía del pago de una deuda ajena otorgada simultáneamente al contrato principal de préstamo (SJM 1 Oviedo 18.2.2010)», *ADCo*, 21, 2010-3.

— «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», *ADCo*, 18, 2009-3.

SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de derecho civil*, t. III, Madrid, 1900.

— *La codificación civil en España*, Madrid, 1890.

SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción de la quiebra*, Pamplona, 1997.

SANTARELLI, U., *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padua, 1964.

SATTA, S., *Diritto fallimentare*, Padua, 1990.

SCAEVOLA, M., *Código Civil*, t. XI, Madrid, 1896 y t. XXIII, Madrid, 1906.

SCHÖMBAUER, E., «Zum römischen Kaufrechte», *Z.S.S. Romanistische Abteilung*, 54, 1934.

— «Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf», *Z.S.S. Romanistische Abteilung*, 52, 1932.

SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Santa Cruz Teigeiro (trad.), Barcelona, 1960.

SECKEL, R., y LEVY, E., «Die Gefahrtragung beim Kauf im Klassischen Römischen Recht», *Z.S.S. Romanistische Abteilung*, 47, 1927.

SERAFINI, F., *Istituzioni di Diritto romano*, Turín, 1909.

SIMEON, M., «Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici pendenti», en Guglielmucci (dir.): *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Milán, 2006.

SMID, S., *Insolvenzordnung Kommentar*, Stuttgart-Berlín-Colonia, Kolhlhammer, 2001.

SMITH, J. W., *A compendium of mercantile law*, Londres, 1865.

SMITH, K., y KEENAN, D. J., *Essentials of mercantile law*, Canadá, 1973.

SOLAZZI, S., *Il concurso dei creditori nel Diritto romano*, Nápoles, 1937-1938-1940.

STANISLAS, G., *Le droit de resolution dans le contrat de vente*, Ginebra, 1979.

SUÁREZ LLANOS, L., *El estado de insolvencia*, Santiago de Compostela, 1970.

SUPINO, D., *La rivendicazione nel fallimento*, Florencia, 1881.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Art. 73», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Aranzadi, 2011.

— «Art. 400», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Aranzadi, 2011.

TEDESCHI, G. U., *Manuale del nuovo Diritto fallimentare*, Padua, 2006.

THALLER, E., *Des faillites en droit comparé*, París, 1887.

TIRADO, I., «Art. 76. Principio de universalidad», en Rojo y Beltrán (dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004.

- *Los administradores concursales*, Pamplona, 2005.
- «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal», *ADC*, t. LXII, 2009.
- TOMILLO URBINA, J. L., *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, Madrid, 1996.
- TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Madrid, 1993.
- TORRES DE CRUELLS, J., y MAS Y CALVET, R., *La suspensión de pagos*, Barcelona, 1995.
- TORRES Y LÓPEZ, M., «El proceso de formación de las Ordenanzas de Bilbao», en *Las Ordenanzas de Bilbao*, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Bilbao, Bilbao, 1931.
- TRAVIESAS, M., «Obligaciones recíprocas», *RDP*, 1924 y 1929.
- TRUJILLO DÍEZ, I. J., «Artículos 68, 69 y 79», en Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, vol I, Madrid, 2004.
- URÍA, R., *Derecho mercantil*, Madrid, 1998.
- «Problemas y cuestiones sobre la quiebra de las sociedades», *RDM*, 1946.
- «Reaseguro, quiebra y compensación», *RDM*, 1950.
- y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, vol. II, Madrid, 2006.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Art. 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en Cordón Moreno (dir.): *Comentarios de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, 2004.
- «Art. 62. Resolución por incumplimiento», en Cordón Moreno (dir.): *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, 2004.
- VAN HEMMEN ALMANZOR, E., «La economía de la reforma y los costes del sistema concursal», *RJC*, 4, 2003.
- VATTERMOLI, D., «Rapporti pendenti», en Nigro, Sandulli y Santoro (dirs.): *La legge fallimentare dopo la riforma*, t. I, Turín, 2010.
- VERDERA Y TUELLS, E., «Aspectos económicos y jurídicos de la reforma del derecho concursal: la supervivencia de las empresas en crisis», *RFDUC*, 1985 (RFDUC monografías, 8).
- VICENT CHULIÁ, F., *Compendio Crítico de Derecho mercantil*, t.II, Barcelona, 1990.
- «En vísperas de la reforma del derecho concursal español», *RJC*, 3, 1978.
- VIGO, R., *I contratti pendenti non disciplinati nella «legge fallimentare»*, Milán, 1980.

VIGUERA RUBIO, J. M., «La masa de bienes de la quiebra», en Jiménez Sánchez (coord.): *Derecho mercantil*, t. II, Barcelona, 1999.

— «Los efectos de la declaración de quiebra», en Jiménez Sánchez (coord.): *Derecho mercantil*, t. II, Barcelona, 1999.

WEGENER, B., *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, Colonia, 2002.

ZIINO, M., *La rivendicazione nel fallimento*, Milán, 1908.