

# LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL<sup>1</sup>

## EFFECTS OF THE DECLARATION OF INSOLVENCY ON THE CONTRACTS IN THE CONSOLIDATED TEXT OF BANKRUPTCY LAW”

INMACULADA HERBOSA MARTÍNEZ  
*Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Deusto*

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2020

Fecha de aceptación: 28 de octubre de 2020

**RESUMEN:** En el presente trabajo se estudian las principales novedades introducidas en el Texto refundido en esta materia (excluidos, por su especialidad, los contratos laborales y administración). En particular, se estudian los cambios de sistemática introducidos por dicho texto legal, los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos, y en particular sobre aquellos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, que era presupuesto necesario para su resolución en la ley, por incumplimiento o en interés del concurso (aunque el Texto refundido extiende esta última posibilidad a cualquier contrato con obligaciones recíprocas).

**ABSTRACT:** This work examines the main developments introduced in the new text in this matter (excluding, by their specific nature, employment contracts and administration). This study covers the most important systematic developments introduced by that legal text and the general effects on contracts when insolvency is declared. In particular, effects on those contracts on which each party owes obligations to the other at the moment at which the insolvency is declared. According to the insolvency law only these contracts could be terminated (although the new text alters this concrete aspect).

**PALABRAS CLAVE:** Insolvencia, efectos del concurso, contratos, contratos con obligaciones recíprocas.

**KEYWORDS:** Insolvency Law, effects of insolvency, contracts, executory contracts.

<sup>1</sup> El presente trabajo se ha utilizado como base para la Ponencia “Efectos de la declaración del concurso sobre los contratos” en el *Curso sobre el Texto Refundido de la Ley concursal* organizado por el Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia, el 5 de octubre de 2020.

**SUMARIO:** 1. Alteraciones sistemáticas del capítulo en que se regula esta materia; 2. Efectos generales de la declaración de concurso; III. Resolución por incumplimiento; IV. Resolución en interés del concurso; V. Rehabilitación de concurso.

## **I. ALTERACIONES SISTEMÁTICAS DEL CAPÍTULO EN QUE SE REGULA ESTA MATERIA**

El Texto Refundido de la Ley concursal (en adelante, TR) mejora de manera reseñable la sistemática del Capítulo en el que se regulan los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, mediante la división en secciones de la materia que antes se regulaba en único capítulo y la reordenación de algunos preceptos. Además, se convierten en norma expresa principios y reglas implícitos y se introducen cambios y ajustes importantes – algunos poco afortunados- en la literalidad de varios preceptos. Como se ha dicho en relación al Proyecto de TR, es una de las materias del TRLC donde se manifiesta “en su mayor dimensión no sólo la alteración de la sistemática y la alteración de la literalidad de los preceptos de la Ley, sino especialmente la labor, también ínsita en la tarea de refundición... de llevar a cabo ajustes importantes”<sup>2</sup>.

Los efectos del concurso sobre los contratos se regulan en el Capítulo IV (“De los efectos sobre los contratos”) del Título III (“De los efectos de la declaración de concurso”) del Libro I (“Del concurso de acreedores”). La materia se regula en los arts. 156 a 191, que sustituyen los anteriores artículos 61 a 70 LC.

El Capítulo IV “De los efectos sobre los contratos” se halla dividido en cinco secciones, respecto de las que cabe diferenciar dos bloques de preceptos: por un lado, los que se refieren a los contratos en general (tres primeras secciones) y, por otro, los que contienen reglas particulares aplicables a los contratos de trabajo y contratos con las administraciones públicas (dos últimas secciones). Por lo que ahora interesa, las tres secciones que integran el primer bloque de cuestiones son: “De los efectos sobre los contratos” (sección 1ª), “De la resolución de los contratos” (sección 2ª) con dos subsecciones según se trate de resolución por incumplimiento o en interés del concurso, y “Del derecho a la rehabilitación de contratos”.

Dentro de estas secciones se altera la ubicación de algunos preceptos y se produce una reordenación de los mismos. Dejando de lado la consabida división de los preceptos que de manera generalizada llevan a cabo los redactores del texto refundido, los cambios de sistemática, por secciones, son los siguientes:

-En la sección 1ª (“De los efectos sobre los contratos”), la alteración mas relevante que repercute en la sistemática general del Capítulo, y que se valora muy positivamente, es que las reglas generales sobre los efectos de la declaración de concurso se refieren ahora a todos los contratos y no, como se hacía en la Ley concursal, únicamente a los contratos con obligaciones recíprocas. Destaca este aspecto el Informe del Ministerio de Justicia sobre el TR, señalando que “el cambio de sistemática supone un cambio de perspectiva a la hora de abordar el estudio de estas normas”<sup>3</sup>.

De acuerdo con ello se introduce un principio general relativo a la vigencia de los contratos después de la declaración de concurso, que antes no se establecía expresamente (aunque se deducía a contrario de la norma) aplicable a todo tipo de contratos. A este fin se incorpora el artículo 156 TRLC por el que se establece, con pretensión de generalidad, que “La declaración

---

<sup>2</sup> Vid., en este sentido “Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal”, pág. 75.

<sup>3</sup> Vid. “Memoria del análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley concursal “ elaborado por el Ministerio de Justicia, pág. 29.

de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato” . Se traslada a este precepto la previsión de que “se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o -directamente- la extinción del contrato por la sola declaración de concurso de las partes”, que antes sólo se refería a los contratos con obligaciones recíprocas.

En segundo lugar, se reubica el precepto relativo a los “supuestos especiales” que recogía el artículo 63 LC, que se incorpora en esta primera sección (art. 159 TRLC), dentro de los preceptos que se refieren a los efectos sobre los contratos, a continuación del principio general de vigencia de los contratos (art. 156 TRLC) y de las reglas específicas para los contratos con obligaciones recíprocas (art. 158 TRLC), y por ello antes -esto es lo importante- de las normas que regulan la resolución por incumplimiento o en interés del concurso. Este cambio supone un intento de clarificar cuál es la verdadera especialidad que introducen estos preceptos, que es la posibilidad de dejar sin efecto el principio general de vigencia de los contratos ( que impide considerar la declaración de concurso como una justa causa para su resolución o extinción), en cuanto reconocen la facultad de denuncia unilateral de algunos contratos o la posibilidad de pactar su extinción. La reubicación del precepto se valora también de forma positiva, aunque hubiera sido todavía más clarificador si se hubiese situado a continuación de dicho principio (como art. 157 TRLC), puesto que constituye una excepción al mismo.

En la sección 2ª, relativa a la resolución del contrato, se distingue formalmente y se regula en subsecciones separadas la resolución del contrato por incumplimiento y en interés del concurso. Más allá de esta distinción, que es razonable, lo más reseñable, aunque es más bien una cuestión de fondo, es que, con un criterio cuestionable, se permite el ejercicio de la facultad de resolución en interés del concurso frente “a cualquier contrato con obligaciones recíprocas” si se estima necesario o conveniente para el interés del concurso, en lugar de restringir dicha facultad a aquellos contratos en los que existan obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, como exigía la Ley concursal, y debería seguir exigiendo el TR.

En la sección 3ª no se lleva a cabo ninguna reordenación de las reglas: los artículos 166, 167 y 168 reproducen, con algún cambio de estructura interna, lo establecido en los artículos 68 a 70 LC. La principal alteración, pero esta también es más de fondo que de forma, se refiere a que el TR extiende la rehabilitación a todos los contratos de financiación (art. 166.3 TRLC).

## II. EFECTOS GENERALES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Se establece, como se decía, de manera expresa la regla “La declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato” (art. 156 TRLC), que anteriormente no contemplaba la LC, aunque se deducía de su articulado (interpretación a contrario artículo 61.3 LC). Esta regla se aplica a todos los contratos, con independencia de su naturaleza y de su grado de ejecución.

En relación con dicha regla deben entenderse los supuestos especiales que recoge el artículo 158 TRLC, que reubica el TR, que se refieren a reglas extraconcursales por las que se establece la facultad de denuncia unilateral del contrato o permiten pactar la extinción del contrato en situaciones concursales o de liquidación administrativa.

Se regulan a continuación los efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes al tiempo de la declaración de concurso, con un régimen distinto en función de que estén pendientes de cumplimiento por una de las partes (art. 157 TRLC) o por ambas partes (art. TRLC 158).

El primero (157 TRLC) de los preceptos citados no contiene ninguna modificación reseñable (aparte de que la rúbrica del precepto no precisa que los contratos a que se refiere son los que

generan obligaciones recíprocas). Por Lo demás, incorpora la regla de que, si al tiempo de la declaración de concurso existieran obligaciones recíprocas pendientes de vencimiento sólo para una de las partes, y la otra todavía tuviese pendiente el cumplimiento total o parcia de las que fueran a su cargo, “el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso”. Por tanto, la prestación pendiente a cargo del concursado será crédito concursal y no podrá exigirse con cargo a la masa, sin posibilidad de que se altere esta regla por el hecho de que la prestación consista en entrega de una cosa específica.

El segundo (art. 158 TRLC) incorpora de manera expresa la regla de que las partes tendrán que cumplir con sus respectivas prestaciones (“Ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas...”), además de señalar que serán con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el concursado. Se establece, por tanto, con claridad que, a pesar de la declaración de concurso, la parte *in bonis* tendrá que cumplir con lo comprometido, y cobrar su prestación como crédito contra la masa, aunque esta calificación no asegure el cobro dentro del concurso.

### III. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

El TRLC mejora la sistemática interna del artículo 62 LC: separa en preceptos distintos los presupuestos o requisitos para el ejercicio de la acción de resolución, que a su vez se desdobra en supuestos de resolución por incumplimiento anterior (art. 160) y por incumplimiento posterior (161), el ejercicio de la acción (162) y efectos (163). Sin embargo, introduce dudas interpretativas que no están justificadas.

#### ***1. No formulación expresa de la regla que exige obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes***

En lo que se refiere a los requisitos, los artículos 160 y 161 TRLC no incorporan con la claridad que sería deseable un presupuesto necesario para que opere la resolución por incumplimiento en el concurso, a saber, que se trate de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, tanto si es por un incumplimiento anterior como posterior a la declaración de concurso.

En efecto, el artículo 62.1 LC establecía de manera expresa, por remisión, que la facultad de resolución por incumplimiento posterior dentro del concurso resultaba aplicable a los contratos “a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente”, que son los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes. La interpretación literal del precepto se confirma por la Sala 1ª del TS, sentencias 3143/2016, de 29 de junio de 2016 (relativa a contrato de leasing) y sentencia 235/2014, de 22 de mayo (contrato de permuta de solar por obra futura). En ambos casos, el Tribunal deniega la posibilidad de instar la resolución del contrato por incumplimiento posterior ex artículo 62.1 LC sobre la base de que no existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes al tiempo de la declaración de concurso conforme al artículo 61.2 LC. De acuerdo con estas sentencias: “ No resulta de aplicación el art. 61.2 LC , que presupone la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Por consiguiente, tampoco puede pretenderse la resolución por incumplimiento al amparo del art. 62.1 LC , porque sólo lo admite en los casos del art. 61.2 LC , esto es, sólo cuando el contrato estuviera pendiente de cumplimiento por ambas partes al tiempo de la declaración de concurso”.

Lo importante es el argumento, a mi juicio acertado, utilizado por la Sala 1º para justificar la imposibilidad de ejercitar la resolución. Según la STS de 29 de junio de 2016, que es la que añade esta explicación, la razón para impedir esta reside es que, de estimarse esta posibilidad y la consiguiente restitución de los bienes dados en arrendamiento “se le estaría permitiendo extraer de la masa del concurso determinados bienes o derechos y liberarse de sus consecuencias, frente a los demás acreedores concursales que deberían pasar por las consecuencias negativas que para su crédito supone la declaración de concurso”. En otras palabras, no teniendo carácter recíproco la obligación pendiente de incumplimiento para el concursado, carece de cualquier justificación la posibilidad de recuperar lo entregado, frente a los demás acreedores que deben estar a lo que resulte del concurso para el cobro de sus créditos, sin que pueda introducirse ninguna excepción a favor de los acreedores cuyo crédito nace de un contrato, aunque, en abstracto, sea susceptible de generar obligaciones recíprocas.

Pese a todo, el TRLC no precisa con claridad dicho requisito: para la resolución por incumplimiento anterior, el 160 nada dice; y para resolución por incumplimiento posterior, el 161 habla de “obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento” (sin precisar que han de estarlo para ambas partes). Este error se arrastra desde el Proyecto de TR, que omitía cualquier referencia relativa a los contratos con obligaciones recíprocas y al grado de ejecución del contrato <sup>4</sup>. En la versión definitiva se corrigió en parte esta omisión pero no se hizo con la suficiente precisión, al aludirse a los “contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento”, sin añadir nada más. Pese a todo, la literalidad de la norma presupone la subsistencia de obligaciones pendientes para ambas partes al señalar que la resolución podrá ejercitarse “por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes”.

## ***2. Prohibición de resolver los contratos de tracto único por incumplimiento anterior a la declaración de concurso***

En segundo lugar, se redacta de manera más clara la regla de que la resolución por incumplimiento anterior sólo podrá ejercitarse si el contrato es de tracto sucesivo (cfr. art. 160 TRLC) y, por ende, no es admisible si el contrato fuera de tracto único.

El artículo 62.1 LC, tras establecer la posibilidad de resolver los contratos por incumplimiento posterior, se limitaba a señalar que si se trataba de contratos de tracto sucesivo la facultad de resolución podría ejercitarse también si el incumplimiento fuese anterior, pero no prohibía de manera expresa esta en los de tracto único, aunque pudiera llegarse a esta conclusión mediante una interpretación *a contrario* de la norma. La Sala 1ª del TS refrendó esta última interpretación, en las 505/2013, de 24 de julio y 510/2013, de 25 de julio (que después reitera con carácter de *obiter dictum* la sentencia 500/2016, de 19 de julio). Todas ellas, relativas a contratos de compraventa de vivienda en el concurso de Martinsa-Fadesa, se refieren a supuestos en los que la prestación de la promotora vendedora se había incumplido antes de la declaración de concurso, en cuanto se había cumplido -sobradamente- el término convenido por las partes sin que se hubiese procedido a la entrega de la vivienda. El TS declaró la imposibilidad de resolver los contratos sobre la base de que el incumplimiento fue claramente anterior a la declaración de concurso aunque la situación de incumplimiento se prolongara o mantuviera al tiempo de la declaración de concurso (argumento que solía utilizarse para justificar la resolución). Se concluye que “El

---

<sup>4</sup> Dicha omisión daba cierto pie para entender que, de acuerdo con dicho texto la facultad de resolución podía ejercerse en contratos con obligaciones recíprocas cualquiera que fuera su grado de ejecución (vid., Informe del Consejo General del Poder Judicial, op. cit., pág. 77). Sin embargo, resalta la necesidad de subsanar esta omisión el “Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley concursal” (versión consultada en [www.boe.es](http://www.boe.es)).

incumplimiento fue anterior a la declaración de concurso y, como no consta que se hubiera ejercitado antes la facultad resolutoria del contrato, no cabe hacerlo después”.

Lo más relevante, que no aclara esta sentencia, es determinar cuál es la razón que justifica el rechazo de la facultad resolutoria por incumplimiento anterior en esta clase de contratos y que, a primera vista, pudiera provocar resultados aparentemente injustos para la parte *in bonis*. Pues bien, la razón es la misma que impide que pueda operar aquella en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes sólo para una de las partes al tiempo de la declaración de concurso, a saber, el riesgo de que, de admitirse la resolución, se le permitiría extraer de la masa determinados bienes y liberarse de las consecuencias del concurso, con la consiguiente alteración de la regla de igualdad de trato de los acreedores. De no ejercitarse la facultad de resolución antes de la declaración de concurso, la única vía para satisfacer su interés dentro del concurso será la que tienen a su disposición todos los que concurren al concurso: comunicar su crédito e intentar cobrar el mismo dentro del concurso con la calificación que corresponda.

Por el contrario, los contratos de tracto sucesivo se pueden resolver por incumplimiento anterior del concursado (cfr. art. 160 TRLC como prescribía el art. 62.1 LC). En relación a estos contratos, el TS ha precisado que, a tal fin, es irrelevante que el incumplimiento resolutorio tenga lugar antes o después de la declaración de concurso, de tal modo que tal declaración no produce efectos “depuradores” de incumplimientos anteriores ni “expropia” al contratante cumplidor de la facultad de resolución para el caso de que este incumplimiento sea resolutorio. Según dicho Tribunal, el fundamento de esta posibilidad reside en que el incumplimiento se produce en el marco de una relación contractual unitaria, esto es, “dada la existencia de una relación unitaria, el incumplimiento resolutorio anterior a la declaración de concurso permanece y sigue incurso en causa de resolución con posterioridad a la misma”, tal y como se desprende de las sentencias de 21 de marzo de 2012 anteriormente citadas. Ahora bien, esta relación unitaria se da, incluso de forma más clara, en los contratos de tracto único, y, sin embargo, como acaba de explicarse, estos no se pueden resolver por incumplimiento anterior. Por ello, lo decisivo es más bien que en este tipo de contratos hay obligaciones nuevas pendientes de cumplimiento para ambas partes, que pueden ser de interés para el concurso, lo que justifica que no exista ninguna penalización o expropiación por no haberse instado la facultad de resolución antes de la declaración de concurso (como sucede en los contratos de tracto único). En otras palabras, la parte *in bonis* no sería, a estos efectos, un acreedor más dentro de la masa sino que tiene una posición singular que justifica que subsista la facultad de resolver la relación contractual -que a estos efectos debe considerarse única- una vez declarado el concurso.

## IV. RESOLUCIÓN EN INTERÉS DEL CONCURSO

### 1. Supuestos a los que se aplica

Una de las novedades más importantes introducidas por el TRLC es que se permite la resolución del contrato en interés del concurso para cualquier contrato con obligaciones recíprocas (art. 165 TRLC), y no sólo en el supuesto de que existan obligaciones recíprocas pendientes de vencimiento para ambas partes, como prescribía el artículo 61.2.2º LC.

Plantea varias dudas: la primera, determinar cuál es el criterio o la interpretación que subyace a esta alteración; la segunda, en función de lo anterior, si dicha alteración está permitida en cuanto tiene por objeto eliminar una “incongruencia” suscitada por la anterior regulación o es, en realidad, una modificación de fondo que excede de los límites permitidos

para llevar a cabo la refundición (aunque desde un punto de vista práctico, atendiendo al fin que se pretende, esté justificada).

Respecto a la primera, parece claro que la razón de la modificación tiene que ver con la mención al leasing que contenía el último inciso del citado artículo 61.2 LC (relativo a las obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes), mientras que en dicho contrato, en su modalidad típica, sólo existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para una de las partes <sup>5</sup>. Sobre la base de que ello constituye una “incongruencia”, se decide acabar con ella haciendo extensiva la posibilidad de resolver a todos los contratos, existan o no obligaciones pendientes de cumplimiento para ambas partes.

En cuanto a la segunda cuestión, y en estrecha relación con el criterio de interpretación aplicado, la alteración introducida carece de cualquier justificación.

Con carácter previo habría que aclarar que esta interpretación presupone que la mención al leasing se entiende hecha al contrato típico de leasing (en el que, una vez entregada la cosa sólo existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para una de las partes), y no únicamente a aquella modalidad concreta, admisible sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, en la que el arrendador financiero asume la obligación de garantizar la posesión pacífica de la cosa arrendada y, por tanto, existen obligaciones recíprocas pendientes para ambas partes (que, aunque podría darse al amparo de la libertad de pacto, raramente se daría en la práctica).

Este razonamiento es acertado, aunque contradice la interpretación que, a modo de *obiter dictum*, realiza el TS, en las sentencias núm. 652/2014 de 12 noviembre y sentencias núm. 494/2015 de 12 septiembre, en las de manera expresa se señala que la resolución del contrato en interés del concurso sólo resulta aplicable, “si del análisis del concreto contrato de leasing concertado por la concursada resultan obligaciones pendientes de cumplimiento también para el arrendador financiero tras la declaración de concurso”. No obstante, estas sentencias tienen un valor relativo tanto por razones temporales (ya que la modificación no había entrado propiamente en vigor) como materiales (ya que no se ocupan de manera específica sobre esta cuestión, sino la relativa a la naturaleza de los créditos resultantes del leasing). En cualquier caso, no tiene ningún sentido pensar que se introduce una previsión específica para el leasing, que no sería aplicable al contrato típico de leasing sino a únicamente una modalidad atípica del mismo.

Sin embargo, lo que no considero justificado es apreciar en ello una “incongruencia” que pueda ser subsanada o corregida. La mención al leasing, que fue introducida en la Ley concursal por la Ley de reforma 38/2011, se realiza con el fin de que dicho contrato se pueda resolver en interés del concurso a pesar de que técnicamente sólo existan obligaciones recíprocas pendientes para ambas partes. Constituye, por tanto, una excepción que no admite una interpretación extensiva, y no una incongruencia que deba corregirse haciendo tabla rasa de los requisitos exigibles para poder llevar a cabo la resolución. Y más cuando dicha interpretación contradice la jurisprudencia de la Sala 1ª, que STS que condiciona la resolución en interés del concurso a la existencia de obligaciones recíprocas pendientes para ambas partes al tiempo de la declaración del concurso (vid. SSTS de 11 de octubre de 2011, res. 687/2011 y, con carácter de mero *obiter dictum*, la sentencia de 10 de noviembre de 2016, res. 660/2016). A pesar de que sólo la primera de estas sentencias tiene como *ratio decidendi* del fallo la ausencia de dicho requisito, y que la misma es de fecha anterior a la reforma, lo declarado por la Sala 1ª debe tomarse en consideración a la hora de “depurar” el sentido de la norma.

---

<sup>5</sup> En el Informe del Consejo General del Poder Judicial relativo al Proyecto de TRLC, expresamente se dice que “parece que quiere buscar la congruencia con la previsión relativa al arrendamiento financiero que se contienen en el último inciso del art. 61.2 LC”.

A mi juicio esta modificación no podría fundarse únicamente en el interés del concurso, pues aparte de que en la versión de la Ley este requisito no parecía ser suficiente para resolver cualquier contrato, la modificación realizada ni siquiera cubrirá aquellos supuestos en los que un sector de la jurisprudencia consideraba que debía procederse a la resolución del concurso atendiendo a la protección de dicho interés. Es el caso de los créditos derivados de un contrato de swap confirmados en el marco de un acuerdo de compensación contractual regulados por la Ley 7/2011, de 11 de abril, en los que no hay obligaciones pendientes para ambas partes. Bajo la vigencia de la Ley concursal, la facultad de resolución de este contrato no encontraba amparo legal<sup>6</sup>, a pesar de lo cual los jueces de lo mercantil de Barcelona, y con ellos un sector importante de la jurisprudencia, admitían la posibilidad de resolver el acuerdo marco en interés del concurso (con el consiguiendo vencimiento anticipado de todas las operaciones financieras y su compensación). Pues bien, con la modificación introducida en el TR, la previsión legal de instar la resolución en interés del concurso no alcanzaría a estos contratos, por no existir obligaciones recíprocas (como tiene declarada la Sala 1ª del TS, nacería una única obligación para una sola de las partes sin perjuicio de la que pueda surgir para la otra en futuras liquidaciones) a pesar de que el interés del concurso lo justifique.

En suma, a mi juicio, se trataría de una modificación “ultra vires”, en cuanto excede de los límites de la delegación conferida para llevar a cabo la refundición, que, según la doctrina de nuestro TC, autoriza a los tribunales ordinarios para su inaplicación (tal y como se ha entendido ya por algunos tribunales en relación a la exoneración de pasivo por entender que el TR incurre en la misma extralimitación). Quizás de haberse llevado a cabo alguna modificación dentro de los límites conferidos para la refundición (que no puede incluir “modificaciones de fondo”), se podría haber explicitado el carácter excepcional de la facultad de resolver en interés del concurso en el caso del leasing y, en su caso, añadir que para dicho contrato tal facultad procederá con independencia de que existan o no obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes (para salir al paso de las sentencias del TS en las que como mero *obiter dictum* se dice lo contrario), en lugar de utilizar dicha excepción como argumento interpretativo para abrir la resolución en interés del concurso a todo tipo de contratos.

## 2. Tramitación de dicha resolución

Como tiene declarado la jurisprudencia, la resolución en interés del concurso no se articula como un derecho dispositivo atribuido por la ley a una de las partes (concurado o administración concursal) sino como “una decisión judicial en ausencia de acuerdo entre las partes”. Se señala en este sentido que “el interés del concurso” se refiere a lo que mejor convengan a la finalidad perseguida con el concurso, “que es la satisfacción de los créditos y la continuación de la actividad empresarial del deudor concurso”, como señala la STS de 10 de noviembre de 2016 (res. 660/2016).

En aras a facilitar el acuerdo la Ley concursal contemplaba la celebración de una comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia con el fin de que si existía acuerdo el juez declarase resuelto el contrato, comparecencia que, dada la redacción de la norma, parecía que debía celebrarse con carácter preceptivo (cfr. art. 61.2.2º). El TRLC, con buen criterio, establece ahora que dicha comparecencia tiene carácter facultativo y debe solicitarse ante dicho Letrado antes de la presentación de la demanda (art. 165.2 TRLC), para evitar el absurdo de que tenga que celebrarse la comparecencia cuando no hay visos de alcanzar ningún acuerdo.

---

<sup>6</sup> Bajo la vigencia de la Ley concursal, la facultad de resolución de este contrato no encontraba amparo legal, debido a que la remisión que hacía el artículo 16.2 de la citada Ley 7/2011, de 11 de abril, se hacía únicamente a lo establecido “en el primer párrafo del artículo 61.2” y a que no se trataba de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes.



### ***3. Consecuencias de la resolución judicial. Indemnización de daños y perjuicios***

El apartado 3 artículo 165 TRLC regula la resolución judicial del contrato ante la falta de acuerdo de las partes con el único matiz, respecto de lo establecido en la LC, de referirse de manera expresa a la “demanda de resolución”. Por lo demás, se regulan en los mismos términos las consecuencias derivadas de la resolución, a cuyos efectos se prevé que el juez acuerde, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización de daños y perjuicios causados por la resolución. A estos últimos efectos, la Sala 1ª ha señalado que la indemnización de daños y perjuicios con cargo a la masa “no es una consecuencia necesaria e ineludible de la resolución del contrato”, sino que es necesario valorar si efectivamente aquellos se han producido (vid. sentencia 189/2016, de 18 de marzo de 2016, y sentencia 4841/2016, de 10 de noviembre de 2016).

## **V. REHABILITACIÓN DE CONTRATOS**

### ***1. Extensión de la facultad de rehabilitación a todos los contratos de financiación***

Respecto de la rehabilitación de contratos, el cambio más importante reside en que el artículo 166 del TR hace extensiva la posibilidad de rehabilitación a todos los contratos de financiación, ampliando así el ámbito de aplicación de esta facultad, que en la Ley concursal sólo se establecía, de manera específica, para los contratos de préstamo y demás de crédito ex art. 68. Como es sabido, bajo su vigencia se discutía si este precepto era aplicable a contratos no expresamente previstos, como el de leasing; un sector de la doctrina se mostraba a favor de una interpretación amplia favorable a su inclusión atendiendo al interés del concurso, que es la que parece acoger el TRLC.

A la hora de determinar qué debe entenderse por contratos de financiación puede ofrecer una pista los que como tales se regulan en el Anteproyecto de Ley de Código mercantil, en el que, según su Exposición de Motivos, se regulan como contratos bancarios aquellos contratos que realizan usualmente las entidades de crédito en el ejercicio de la actividad que les es propia. Sobre esta base, se dicen recoger en un solo Título aquellos contratos que tienen el dinero como “objeto directo” del contrato, aunque sea una explicación o definición en la que no encaja muy bien algunos contratos, como el de leasing, en los que el financiador más que aportar directamente dinero, sufraga el coste del bien cuyo uso se cede.

En todo caso, los contratos de financiación podrán ser rehabilitados siempre que se de el presupuesto básico del precepto, que es el vencimiento anticipado, y la exigencia de cuotas por impago producido en los tres meses anteriores a la declaración de concurso, y se den los requisitos previstos en la norma ex art. 166 TRLC (los mismos que preveía el artículo 68 TRLC).

Sobre esta base, sería cuestionable si en el caso concreto del leasing sería aplicable la rehabilitación en el supuesto de que el arrendador hubiese optado por la resolución del bien dentro del mismo periodo, en lugar de la exigencia de cuotas al amparo del artículo 167 TRLC. A mi juicio, aunque dicha rehabilitación pudiera ser de interés para el concurso, y pudiera pensarse en justificar en dicho interés una interpretación amplia, técnicamente, el leasing no es un “contrato de adquisición”, por mucho que desde un punto de vista práctico esté orientado a adquirir la propiedad del bien, y dicha posibilidad está prevista de manera en su regulación; en este sentido, es sabido que la jurisprudencia lo configura mayoritariamente como un contrato de complejo de “cesión de uso” con opción de compra. Cosa distinta es que

se den los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción específica que permite al arrendador financiero la recuperación de los bienes dentro del concurso, en cuyo caso el ejercicio de la misma quedará sujeta a los plazos y requisitos que prescribe la ley (cfr. art. 150 TRLC de conformidad con el párrafo 2º del art. 56.1 LC).

## **2. Enervación del desahucio en arrendamientos urbanos**

El apartado 2 del 168 TRLC completa el régimen de ejercicio de la facultad de enervar el desahucio ejercitada contra el deudor antes de la declaración de concurso, siguiendo el esquema de los dos artículos anteriores, añadiendo que dicha facultad deberá notificarse por la administración concursal con previo o simultáneo pago con cargo a la masa de los conceptos legales (168.2)

Por su parte, el apartado 3 de dicho precepto explicita que el ejercicio de los derechos a que se refiere este artículo se podrá realizar aunque el arrendatario ya hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior (se elimina la remisión -incongruente- al último párrafo 22 de la LEC).